

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LES PROJETS
DE
RÉFORME HYPOTHÉCAIRE
DEPUIS LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Joseph GRASSET

AVOCAT PRÈS LA COUR DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

LES PROJETS
DE
RÉFORME HYPOTHÉCAIRE
DEPUIS LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Joseph GRASSET

AVOCAT PRÈS LA COUR DE MONTPELLIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

—
1907

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémont, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Meynial, professeur d'Histoire du Droit.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Declareuil, professeur de Droit romain, chargé du cours d'Histoire du Droit public français.

Margat, professeur de Droit civil.

Perreau, professeur de Droit civil approfondi.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

Antonelli, chargé de cours de Droit constitutionnel.

Rochette, secrétaire.

Laurens, professeur honoraire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Vigié, *président*.

Charmont,	}	<i>assesseurs.</i>
Margat,		

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES PROJETS
DE
RÉFORME HYPOTHÉCAIRE
DEPUIS LE CODE CIVIL

Montaigne compare quelque part les lois à « un » bâtiment dont les diverses pièces sont si bien jointes entre elles qu'on ne peut en déplacer une seule » sans que le corps tout entier s'en ressente ». Jamais vérité ne fut illustrée d'un meilleur exemple ; et jamais mieux qu'en matière hypothécaire, elle n'apparut avec plus d'évidence. Il n'est pas de loi, en effet, qui, davantage que la loi des hypothèques, se lie à l'ensemble de la législation ; si bien qu'on n'ose toucher à aucune de ses règles sans craindre d'ébranler l'édifice en quelque autre endroit. Vouloir réformer le régime hypothécaire, c'est, quoi qu'on veuille faire, s'obliger à apporter des modifications à des matières absolument étrangères à ce régime. C'est là une des grosses difficultés de toute tentative de réforme. C'est là aussi, en conséquence, une des raisons qui expliquent qu'aux imperfections de notre

loi des hypothèques on n'ait pas encore apporté les améliorations nécessaires. Ce n'est pas qu'à de nombreuses reprises la question n'ait été posée et des réformes tentées. Les défauts et l'insuffisance de notre régime hypothécaire et, plus généralement, de l'organisation de notre propriété foncière, ont soulevé, depuis la promulgation du Code civil, les critiques nombreuses de la doctrine, unanime à reconnaître ces imperfections, et ont déterminé les efforts de la jurisprudence, tantôt pour combler les lacunes existantes, tantôt pour remédier par des interprétations plus ou moins hardies, à des dispositions inefficaces ou dangereuses, en même temps qu'elles dirigeaient, de façon pour ainsi dire constante, l'activité des législateurs et des jurisconsultes dans le sens d'une réforme plus ou moins largement conçue. Cette activité s'est traduite, dans le cours du XIX^e siècle, par des enquêtes très minutieuses, par des travaux de commissions très intéressants, enfin par divers projets ou propositions de loi modifiant, dans une mesure variable, le régime existant. Ces efforts n'ont guère abouti qu'une seule fois à une œuvre législative vraiment utile et importante. Mais, par contre, les matériaux que l'ensemble de ces travaux ont accumulés et mis, en même temps, à la disposition du législateur futur, sont aussi nombreux que précieux, et susceptibles de fournir les éléments nécessaires à toute réforme, de quelque importance et de quelque étendue qu'on veuille la réaliser. Nous voudrions, dans cette étude, après avoir très rapidement résumé l'exa-

men critique de notre système actuel de propriété foncière et de crédit immobilier, dresser comme un tableau d'ensemble de ces divers matériaux encore inutilisés, en esquisant les traits essentiels de chacune des tentatives de réforme, de manière à les comparer et même à les opposer, pour ainsi dire, les unes aux autres, et d'essayer enfin de conclure cette analyse, sinon en accordant une préférence exclusive à tel projet plutôt qu'à tel autre, du moins en indiquant dans quel sens la réforme hypothécaire apparaît aujourd'hui comme plus pratiquement réalisable et à quels besoins immédiats le législateur français pourrait facilement, en l'état des choses, faire droit. Il ne s'agirait, évidemment, d'aucun nouveau projet de réforme, mais tout simplement d'un ensemble d'observations critiques, et sur le régime actuel, et sur les projets mêmes qui tendent à le réformer.

CHAPITRE PREMIER

EXAMEN CRITIQUE DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE ACTUELLEMENT EN VIGUEUR

Sommaire. — **I.** 1. Les deux aspects de la question — 2. Historique : le formalisme ancien suffisait à assurer la publicité — 3. Evolution de la publicité dans notre ancien droit — 4. Décret de messidor an III — 5. Lois du 11 brumaire et du 21 ventôse an VII.

II. 6. Le Code civil jusqu'en 1855 — 7. La loi du 23 mars 1855 — 8. L'organisation de la publicité — 9. Les effets de la publicité : question de la force probante — 10. Publicité des causes de résolution — 11. Faits susceptibles de paralyser le droit de disposition du propriétaire — 12. Actions en nullité et en révocation — 13. Publicité réelle et personnelle — 14. Autres critiques.

III. 15. Plan de cette analyse — 16. Les privilèges généraux de l'article 2101 : droit de préférence — 17. *Id.* : droit de suite — 18. Les Privilèges immobiliers spéciaux : privilège du vendeur — 19. Du constructeur — 20. La séparation du patrimoine — 21. Publicité des privilèges.

IV. 22. L'hypothèque conventionnelle — 23. Articles 2130 et 2131 : hypothèque des biens à venir et suppléments d'hypothèque. 24. Hypothèque garantissant une émission d'obligations — 25. Titres, à ordre ou au porteur munis d'une garantie hypothécaire.

26. L'hypothèque judiciaire : inconséquence au point de vue historique — 27. Critiques théoriques — 28. Défense de l'hypothèque judiciaire et réfutation.

29. Les hypothèques légales : elles ruinent le crédit — 30. Elles ne profitent pas aux incapables — 31. Intérêts en conflit : arguments en faveur des hypothèques légales — 32. Date de l'hypothèque légale.

V. 33. La Purge — 34. Prescription de l'hypothèque — 35. Concours des hypothèques générales et spéciales — 36. Le Crédit immobilier : ses nécessités.

I

1. Lorsqu'on parle de régime hypothécaire, il faut évidemment entendre d'abord par là l'ensemble des dispositions qui se rattachent directement à l'organisation des droits hypothécaires, garanties réelles des créances. Mais on ne saurait s'occuper du régime hypothécaire sans y comprendre tout un ordre d'idées qui sont étroitement liées à la garantie hypothécaire proprement dite, à savoir tout ce qui concerne la constitution et l'organisation, non du droit hypothécaire lui-même, mais du droit de propriété sur lequel va reposer ce droit hypothécaire. Il va de soi, en effet, qu'on ne saurait avoir un régime hypothécaire satisfaisant si, tout en donnant sécurité complète aux opérations qui ont pour objet le droit même d'hypothèque, on laissait dans l'incertitude et dans l'insécurité la question de propriété. En réalité, et pour aller au fond des choses, les deux points de vue n'en font qu'un : il s'agit de donner à la fois le plus de sécurité et le plus de facilité possibles à tous les actes concernant la propriété foncière et le crédit auquel celle-ci doit servir de fondement.

2. On sait quelle a été l'évolution générale en matière de constitution de propriété, et comment, du

formalisme grossier des sociétés primitives on en est arrivé, par des dégradations successives, à la théorie moderne, dépouillée de tout élément matériel, qui met dans le fait purement intellectuel de l'acte de volonté la force suffisante pour opérer de façon immédiate le déplacement de la propriété. Le Code civil marque le terme extrême de cette évolution. Il nous importe peu de rechercher ici quelles furent les raisons premières du formalisme antique et comment ces raisons se transformèrent. Un seul fait pour nous s'en dégage : c'est que, de ce formalisme, résultait, dans la constitution du droit de propriété, une publicité parfaitement organisée. Que cette publicité fût, par rapport aux formes qui la constituaient, un effet ou une cause ; qu'il y eût, dans ces règles primitives, la préoccupation d'assurer le crédit et de protéger les tiers, ou plus simplement, et plus vraisemblablement, des mesures restrictives de la libre circulation des biens dans l'intérêt de la communauté familiale, désireuse d'empêcher le plus possible toute aliénation de cette terre pure et sainte (1), du *fundus optimus, maximus*, considérée comme le plus ferme soutien de la religion, de la cité et du foyer, il ne nous appartient pas de le décider (2). Par là, du moins, était fixée et déterminée, aux yeux de tous, la propriété

(1) Tite-Live, I, 24.

(2) Voyez sur ce point le livre de M. Besson : *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, 1^{re} partie, p. 1 à 124. Paris, Delamotte, 1891.

de chaque fonds de terre. Au contraire, dans le système consacré par le Code civil, le déplacement de la propriété s'opérant en dehors de tout acte et de tout geste extérieur, le fait du transfert ne saurait fournir par lui-même aucune indication aux tiers. -

3. Il serait inutile d'insister longuement sur l'utilité ou, pour mieux dire, sur la nécessité absolue de porter à la connaissance des tiers des faits de cette nature dans l'intérêt du crédit. Et c'est, en effet, à assurer le crédit qu'ont tendu, depuis une époque déjà ancienne, les formalités auxquelles furent soumises les mutations de propriété. A côté de l'insinuation, introduite en Gaule avec le Code Théodosien, et qui se maintint après l'invasion des Barbares, nous voyons les formes de publicité en usage chez les tribus germaniques se continuer jusqu'à l'époque féodale. Sans doute, celle-ci nous offre un régime foncier tout différent des régimes précédents ; mais les principes mêmes qui la dominent ont également pour conséquence d'assurer la publicité ; l'investiture féodale et l'ensaisinement, à la création desquels ne vint, il est vrai, contribuer aucune préoccupation d'assurer le crédit foncier, n'aboutirent pas moins à donner à toute modification relative à la propriété terrienne, cette publicité nécessaire à la garantie des tiers. Toutefois, lorsque vers la fin du XII^e siècle, l'influence du droit romain reprit un peu partout son empire, l'ensaisinement féodal se simplifiant au point de se confondre avec la tradition romaine, les mutations

de la propriété foncière finirent par se réaliser clandestinement, à la suite de la disparition progressive des formes anciennes de la tradition et de leur remplacement par des clauses de style. Seules, les coutumes du Nord de la France et la province de Bretagne, les premières au moyen du nantissement, la seconde par l'appropriance, maintinrent le principe de la publicité en matière de transfert immobilier. Mais, dans les régions mêmes qui avaient abandonné ce principe, nous le voyons réapparaître de nouveau dans la formalité de l'insinuation romaine, d'abord restreinte aux seules donations entre vifs, et, pour celles-ci, étendue à tout le royaume par l'Ordonnance de Villers-Cotterets (1), puis rendue obligatoire pour les actes à titre onéreux par l'édit de Henri II de mai 1553, qui resta d'ailleurs à peu près inappliqué, jusqu'à l'édit de décembre 1703, par lequel Louis XIV rendait cette obligation effective. On connaît par ailleurs la tentative de Colbert en 1673, si intéressante par sa nouveauté, et qui contenait en germe certaines des meilleures réformes modernes : on sait aussi combien fut vaine cette tentative, si pratique pourtant, et si sagement réformatrice, et comment il faut arriver au décret de Messidor pour trouver cette idée fondamentale de la publicité organisée en un corps de doctrine homogène. Signalons cependant l'importante institution des décrets volontaires auxquels

(1) François 1^{er}, 1539.

l'édit de juin 1771 substitua le système des lettres de ratification, qui suppléait à la non-publicité des hypothèques et donnait une assez grande sécurité aux acquéreurs d'immeubles.

4. Faisant table rase de ces diverses formalités hétérogènes que leur léguait l'ancien droit, les législateurs de l'an III organisent par leur décret du 9 messidor (1) un système d'une nouveauté audacieuse dont la conception fondamentale était dans l'obligation imposée aux propriétaires fonciers de faire la déclaration détaillée de leurs immeubles au bureau de la Conservation des hypothèques, afin de pouvoir les aliéner ou les affecter hypothécairement : c'est le système de la déclaration foncière qui se rapproche de façon singulière de celui de l'immatriculation des pays germaniques. Le décret de Messidor paraît donc consacrer, pour la première et dernière fois dans notre droit, la publicité réelle. Ce décret ne reçut qu'une application limitée ; mais il serait inexact de croire, comme on le croit encore beaucoup, et comme on l'a enseigné longtemps (2), qu'il n'entra jamais en vigueur. Du 17 frimaire an IV au 9 germinal an VII, M. Flour de Saint-Genis a relevé 8.827 actes passés en conformité de cette loi, et déclare que « le

(1) *Bulletin des Lois*, 1^{re} série, nos 164-963. Ce décret avait été précédé des lois du 7-12 septembre 1790 et du 21 nivôse an II.

(2) Ainsi Falcimaigne, *De la publicité des hypothèques*, p. 455. — Challamel, *De la cession des créances hypothécaires*, p. 72. — Besson, *op. cit.*, p. 92.

mouvement des affaires a été considérable » et que le nouveau système a possédé la faveur du public (1).

5. Sur le rapport de Crassous, de l'Hérault, s'ouvrit en l'an VI, sous le Directoire, la discussion législative qui devait aboutir à la loi du 11 brumaire de l'an VII. Toute l'économie de cette loi se ramène à l'organisation de la publicité des transferts par la transcription, des hypothèques par l'inscription. L'article 26 pose le principe que, faute de transcription, le dessaisissement de l'ancien possesseur est sans effet à l'égard des tiers (2). Mais, contrairement au principe germanique, le déplacement de la propriété s'opère toujours par le seul effet de la volonté des parties ; la transcription n'y joue aucun rôle ; elle reste une formalité extrinsèque que sanctionne l'inopposabilité aux tiers. C'est, en somme, la généralisation de nos vieilles coutumes de nantissement.

(1) Flour de Saint-Genis, *Les vieilles archives d'un bureau d'hypothèque à Paris*. — Voir aussi : Georges Rondel, *La mobilisation du sol*, p. 150 et suiv. — Ferron, *Etude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*.

Dans son très beau rapport sur le Crédit hypothécaire à la Commission extra-parlementaire du cadastre, M. Challamel, qui avait d'abord enseigné le contraire, indique, comme les auteurs précédents, que la loi de Messidor reçut une certaine application. Voyez Procès-verbaux de la Commission, fascicule III, p. 519.

(2) « Les actes translatifs doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés ; jusque là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. »

Comparer la reproduction à peu près textuelle qu'en a faite la loi du 23 mars 1855, notamment à l'art. 3.

Le même principe s'applique aux constitutions d'hypothèque comme aux transferts : pas d'hypothèque opposable, quelle qu'elle soit, sans publicité, sans inscription. Légales ou conventionnelles, toutes étaient soumises à la même obligation. La loi du 21 ventôse an VII organisa la partie matérielle de cette publicité en créant un bureau de conservation des hypothèques par arrondissement judiciaire, et divers registres destinés à recevoir les inscriptions et les transcriptions. Mais elle adoptait, pour la tenue de ces registres, le système précisément contraire à celui de la loi de Messidor : au lieu d'une publicité réelle (1), elle organisait une publicité personnelle. Les registres devaient être tenus, non plus par unité foncière, mais par noms de personnes ; au lieu de chercher la base de la publicité dans la révélation aux yeux des tiers du sol lui-même individualisé par la déclaration foncière, elle fait du propriétaire le centre autour duquel se grouperont tous les renseignements intéressant la propriété (2). Remarquons du reste qu'à cette époque le cadastre n'était pas encore organisé. A côté de ce système de la transcription concernant les transmissions de propriété foncière, continuait à fonctionner l'ancienne insinuation pour les biens meubles et immeubles : les deux institutions ne se confondirent pas.

(1) On discute sur le point de savoir si le décret de Messidor a vraiment organisé une publicité réelle. Ce n'est pas ici le lieu de développer cette discussion.

(2) Loi du 21 ventôse an VII, art. 18.

II

6. A l'heure actuelle, nous nous trouvons en présence d'un système qui, sans doute, s'est en partie inspiré de la loi de Brumaire, mais qui s'en est séparé sur quelques points essentiels. C'est cette situation présente qu'il nous faut maintenant examiner.

Les choses ont, du reste, été profondément modifiées, depuis le Code, par la loi du 23 mars 1855. A la suite d'omissions, voulues ou involontaires, sur lesquelles il n'est pas besoin d'insister ici, le Code Napoléon présentait en matière de publicité des actes modificatifs de la propriété foncière les plus regrettables insuffisances, au moins pour les actes de disposition à titre onéreux. Le principe général en matière de conventions : que l'acte de volonté, à lui seul, opérerait le résultat définitif, n'était à l'égard des tiers corrigé par rien. On se trouvait, en un mot, relativement aux transmissions immobilières, sous un régime de clandestinité absolue. La propriété pouvait passer de main en main sans qu'aucun phénomène apparent vînt manifester aux yeux de ceux qui y avaient intérêt les modifications successives qui s'opéraient ainsi, et, de la sorte, on ne pouvait jamais, acquérant un immeuble, ou prêtant hypothécairement sur un immeuble, avoir la certitude que l'on traitait bien avec le propriétaire de cet immeu-

ble, et qu'on n'était pas la victime d'une fraude, à laquelle rien ne pouvait faire obstacle. Que de pareilles dispositions fussent lamentables pour le crédit immobilier, c'est là une vérité d'évidence qu'il serait superflu de vouloir démontrer (1). On connaît les réformes partielles et inefficaces que vinrent apporter à ce système le Code de procédure d'une part, la loi du 28 avril 1816 de l'autre (2). Ce n'était en somme que des expédients insuffisants pour assurer la publicité des transmissions foncières. La grande enquête de 1841, les travaux de la commission parlementaire qui la suivirent, le projet de loi du 4 avril 1850, la proposition de M. Pougeard, de 1849 (toutes choses qui feront l'objet même de cette étude), finirent par aboutir à la réforme incomplète, mais fort appréciable cependant, de la loi du 23 mars 1855. Si on tient compte de la modification que la loi du 13 février 1889 a apportée à un point particulier de cette loi, on se trouve en présence de notre législation complète en matière hypothécaire.

7. La loi de 1855 ne concerne que les actes de mutation à titre onéreux. Les dispositions du Code étaient suffisantes pour les donations entre vifs qui étaient soumises à la transcription. Mais même pour les actes à titre onéreux, la loi du 23 mars est loin d'assurer à tous la publicité nécessaire.

(1) La transcription est bien conservée dans le Code civil, mais seulement pour préparer la purge.

(2) *Vide infra*, chap. II, n° 14.

Elle laisse tout d'abord de côté tous les actes translatifs qui ne seraient point des actes entre vifs (1), et, de ce fait, échappent à son empire toutes les transmissions testamentaires ou *ab intestat*. Parmi les actes entre vifs eux-mêmes, elle ne s'applique qu'à ceux qui font passer la propriété d'une tête sur une autre, laissant sous le système de la clandestinité absolue tous les actes qui déterminent ou qui déclarent le droit de propriété. Enfin, adoptant la transcription comme moyen exclusif de publicité, elle ne saurait assurer cette publicité que pour les transferts ayant leur titre dans un acte, excluant par là de ses dispositions toute modification s'opérant en dehors de la convention par le seul effet de la loi, et parmi les mutations conventionnelles excluant toute mutation verbalement opérée.

8. S'il est vrai qu'un régime foncier bien compris doit tendre à toujours présenter aux tiers intéressés le tableau parfaitement exact de la situation des immeubles, on ne saurait trouver pleinement satisfaisant le système de la loi du 23 mars 1855. Celle-ci n'assure la publicité que d'une façon partielle, et par le grand nombre d'actes qu'elle laisse en dehors de ses dispositions, la propriété peut subir des modifications profondes qui échappent totalement à la vigilance des tiers.

(1) Exception toutefois pour le cas de l'art. 106

A dire vrai, on a peut-être exagéré certaines critiques. La loi du 23 mars a eu pour le crédit immobilier d'immenses avantages, et il faut reconnaître qu'elle assure la publicité des actes pour lesquels cette publicité est le plus nécessaire. Elle néglige les mutations à cause de mort ; mais celles-ci ont déjà par elles-mêmes une certaine publicité ; elle laisse de côté les mutations verbales, les mutations opérées par la loi au lieu de la convention des parties : ce sont là des opérations, ou très rares, ou de très minime importance. On ne saurait disconvenir que par la loi du 23 mars 1855, les exigences les plus impérieuses du crédit immobilier aient été à peu près satisfaites.

Il n'en reste pas moins vrai que les lacunes de cette loi sont réelles et que toute bonne réforme hypothécaire devra commencer par sa revision. Mais n'oublions pas que même aujourd'hui un courant d'opinion très sérieux et fortement appuyé veut continuer à écarter toute publicité des actes déclaratifs et des mutations par décès (1). Nous aurons l'occasion d'é-

(1) Voyez les résolutions du Congrès de la propriété bâtie dans la *Gazette des Tribunaux* du 5 juin 1897.

Voyez également la question discutée dans l'ouvrage de M. de Loynes sur les *Privilèges et Hypothèques*, I, Introduction LXI, et dans le rapport de M. Massigli, aux procès-verbaux de la Commission du Cadastre, fasc. 2, p. 555.

M. Thézard est favorable à cette solution. Cf. Rapport sur les Projets de 1896, page 46.

Cf. aussi la discussion de 1850 à l'Assemblée Législative et le rapport de Vatinesnil, sur lequel d'ailleurs nous reviendrons.

tudier en détail la question dans l'examen que nous ferons des projets de réforme qui l'ont soulevée.

9. Cette publicité, ainsi organisée par la loi du 23 mars 1855 pour les actes que nous avons indiqués, quel va être son effet ? Ici encore les critiques du système en vigueur ont été nombreuses, et c'est à une transformation profonde que concluent certains réformateurs. Il s'agit de savoir si le fait pour les tiers de se trouver en présence d'une inscription ou d'une transcription régulière en la forme suffira pour rendre leur situation inattaquable, au cas où ils auraient contracté sur la foi de cette mention écrite : c'est toute la question de la force probante.

La question ne saurait se poser sous cette forme si on abandonnait, comme l'ont demandé certains esprits par trop hardis, le principe fondamental de notre Code en matière de convention : que les droits réels immobiliers se transmettent et s'acquièrent par le seul effet des conventions et que la publicité est exigée seulement pour les rendre opposables aux tiers.

Sous l'influence des conceptions germaniques, certains ont voulu rompre sur ce point avec un principe qui nous apparaît, à nous Français, comme indissolublement attaché à l'ensemble et au fond même de notre droit, et en arriver à cette conséquence extrême que le droit réel ne saurait exister que lorsqu'il est opposable à tous, c'est-à-dire à poser le principe que sa création est subordonnée à un certain formalisme.

Nous aurons à voir le succès qu'une pareille théorie a pu rencontrer dans nos tentatives de réforme. Constatons toutefois, dès maintenant, que même chez les esprits les plus dangereusement novateurs, cette solution s'est heurtée à des objections que l'on n'a pas pu négliger.

Tout autre est la théorie de la force probante ; les droits s'acquièrent ici indépendamment de toute inscription et par le seul effet de la convention. Mais, aux yeux des tiers, l'inscription doit faire foi de toutes les indications qu'elle relate.

Le régime actuel repousse cette conséquence. La publicité, telle qu'elle est aujourd'hui organisée, indique seulement aux tiers qui s'y réfèrent, qu'un acte a été passé à telle époque, et entre telles personnes, et à telles conditions. Elle ne donne à ces tiers aucune assurance contre les risques qu'ils peuvent courir, en tant que ces risques sont des conséquences des vices de l'acte lui-même. La transcription suit le sort de la convention qu'elle constate. De là, pour les tiers, une sécurité relative : car la régularité de l'inscription ne légitime en rien à ses yeux le titre de celui qui se prévaut de cette inscription.

Même alors que ce titre serait valable en lui-même, le tiers n'est pas complètement protégé par les dispositions actuelles. Le propriétaire avec lequel il va traiter, auquel il va acheter, ou prêter sur hypothèque, peut bien être celui que révèle la transcription. Il peut bien se réclamer d'un titre parfaitement régulier, mais il existe, dans notre droit, des causes de

résolution, des causes d'éviction qui ne se manifestent que plus tard et qui resteront le plus souvent occultes, n'étant presque jamais signalées sur les registres auxquels se réfèrent les tiers. Que les chances d'éviction ou de résolution se réalisent, le tiers qui a traité sûr la foi du registre qui révélait un tel comme véritable propriétaire, ne saurait exciper de la transcription à laquelle il s'est fié : *nemo dat quod non habet*. Le titre créateur du droit venant à disparaître, l'inscription reste sans effet. Résultat parfaitement logique et juridique, mais qui diminue d'autant la sécurité que les tiers comptent trouver dans la publicité organisée à leur profit : « C'est contre cette rétroactivité si dangereuse de la résolution et de l'annulation qu'il importe surtout de protéger les acquéreurs de la propriété foncière et les tiers qui contractent avec eux, sur la foi de leurs titres » (1).

Cet ensemble de critiques a nécessairement amené les esprits à se poser les questions suivantes :

Faut-il donner force probante aux énonciations portées sur les registres destinés à assurer la publicité de la propriété foncière ?

Faut-il du moins compléter cette publicité en exigeant, sur ces registres, la mention des causes d'éviction et de résolution, et décider que, faute de ces mentions, les évictions ou résolutions postérieures ne sauraient nuire aux tiers qui ont contracté avec le propriétaire indiqué par l'inscription ?

(1) Besson, *op. cit.*, p. 152.

Les réponses à ces deux questions ont été très diverses, et nous aurons à les examiner en détail. Mais il convient, puisque aussi bien nous faisons en ce moment l'examen de notre système actuel, de considérer quelles solutions la loi française fournit sur la deuxième de ces questions. Nous avons vu qu'elle tranchait la première, de façon absolue, par la négative.

10. Notre loi s'est préoccupée des causes de résolution qui peuvent venir affecter un contrat, mais elle l'a fait de façon très incomplète. La loi du 23 mars ne s'occupe, parmi ces droits si nombreux de résolution susceptibles d'opérer rétroactivement, que du seul privilège du vendeur.

Antérieurement à cette loi, nulle publicité n'existait pour les actes translatifs de la propriété foncière, la menace du droit résolutoire pesait sur la tête du sous-acquéreur, qui n'avait aucun moyen de contrôler si le prix de la précédente aliénation était encore dû et l'usucapion seule pouvait écarter cette menace. La loi de 1855 devait se préoccuper de cette situation : elle ne pourvut pas directement à la publicité du droit résolutoire (1), mais elle confondit, pour ainsi parler, dans la même mesure, ce droit de réso-

(1) La commission parlementaire de 1850 avait pensé à étendre à l'action résolutoire la disposition de l'article 958 du Code civil sur l'action révocatoire pour ingratitude. C'était supprimer la rétroactivité de l'action résolutoire du vendeur impayé. L'Assemblée législative rejeta cette proposition.

lution et le privilège du vendeur. Et assurant, d'une part, la publicité de ce privilège, subordonnant, d'autre part, l'exercice de l'action résolutoire au maintien de ce privilège, elle écarta des tiers acquéreurs toute menace d'éviction de la part du précédent propriétaire, lorsque les tiers avaient pu s'assurer que le privilège du vendeur, objet d'une publicité spéciale, ne pouvait plus s'exercer. C'est là toute l'économie de l'article 7 (1). « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver ». Il restait bien entendu qu'entre le vendeur et l'acheteur, auquel il faut joindre leurs ayants-cause universels, le droit de résolution opère par la seule force du contrat et ne nécessite aucune publicité.

On a fait justement remarquer que la disposition de l'article 7 est une mesure imparfaite et quelquefois inefficace. D'une part, elle ne saurait protéger les créanciers hypothécaires, puisque le privilège du vendeur et, avec lui, l'action résolutoire subsistent sans publicité aucune, tant qu'il n'y a pas eu revente transcrite. D'autre part, il n'est pas certain que l'action résolutoire ne puisse en certains cas survivre à l'extinction du privilège (2).

(1) Voté sur la proposition de M. Rouher. *Vide infra*, ch. III.

(2) Aubry et Rau, § 278, t. III, p. 357. — Jurisprudence contraire.

Il ne faut pas oublier davantage que l'action résolutoire peut trouver à s'exercer dans des opérations qui n'engendrent aucun privilège au profit de l'aliénateur : ainsi constitution de servitude moyennant un prix payable à terme. Mais surtout la loi de 1855 est insuffisante en ce qu'elle ne s'occupe que de l'action résolutoire de l'article 1654, laissant de côté un grand nombre de cas de résolution qui peuvent, lorsqu'ils se produisent, léser profondément les intérêts des tiers (1).

11. En dehors des causes de résolution proprement dites, il peut se rencontrer certains faits juridiques en nombre assez considérable qui viennent paralyser entre les mains du propriétaire son droit de disposition. Il y a là une autre source de dangers graves pour les tiers : ici encore, la publicité n'est assurée que de façon très incomplète par notre loi actuelle. Celle-ci, en effet, ne prémunit les tiers que contre un seul des faits de ce genre : l'article 678 du Code de procédure civile ordonne la transcription de la saisie immobilière afin de prémunir les tiers contre le danger de traiter sur un immeuble que la saisie met en dehors de toute transaction. Le législateur n'a pas généralisé cette mesure excellente : et cependant que de situations analogues ! La dotalité,

(1) Ainsi : révocation de libéralités pour inexécution des charges ; exercice du droit de retour (art. 951) ; faculté de réméré ; retrait d'indivision ; rapport à succession ; emploi non effectué ; survivance d'enfants.

la faillite, la liquidation judiciaire, le conseil judiciaire, la privation des droits civils, autant de faits qui vont emporter la nullité absolue ou relative des actes de disposition accomplis par le propriétaire incapable, que les tiers auraient évidemment le plus grand intérêt à connaître.

Qu'est-ce à dire, sinon qu'il serait souhaitable de voir organiser une publicité complète des incapacités, non seulement de celles qui viennent à un moment donné paralyser le droit du propriétaire, mais encore de celles qui tiennent à son âge ou à ses infirmités physiques. La question est difficile et complexe, et les réformateurs s'y sont trouvés en butte à de graves difficultés. Il faudra voir comment ils l'ont envisagée. Constatons pour l'instant que les incapacités qui, aujourd'hui, sont, en fait, généralement inconnues des tiers, sont pour ceux-ci un grave danger, et qu'il convient d'organiser à leur égard une publicité légale plus sérieuse : « Chaque législation doit être appropriée aux mœurs de la société qu'elle régit. Notre société moderne se caractérise par la rapidité des communications, par le déplacement incessant des individus, par un mouvement marqué de la population vers les grands centres où les affaires surgissent, où les mariages se nouent, à la rencontre de personnes qui le plus souvent ne se connaissent pas l'une l'autre. Autrefois, on vivait là où on était né. Dans chaque milieu, on se connaissait de longue date, et tout fait modifiant la condition d'un tel était bien vite ébruité par la rumeur

publique. C'est pourquoi les législations anciennes sont si indifférentes aux questions de publicité et s'occupent si peu d'éclairer, à l'intention des tiers, la situation sociale des citoyens. Aujourd'hui, en présence de nos remuantes agglomérations d'individualités, étrangères les unes aux autres et qui ont souvent intérêt à se dissimuler mutuellement leur véritable condition, il faut, si l'on ne veut pas ébranler la confiance et ralentir les transactions, prendre des mesures générales pour que la situation sociale de chacun puisse être connue de tous (1). »

12. Il resterait enfin, pour assurer une sécurité complète, à donner la publicité aux demandes en nullité ou en révocation des droits réels immobiliers et des décisions qui les ont suivies.

Ici encore notre législation n'a pas complètement négligé ce point de vue, mais n'a pourvu à cette nécessité que d'une manière incomplète. L'article 4 de la loi du 23 mars 1855 ordonne que tout jugement prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit sera, dans le mois où il a acquis l'autorité de la chose jugée, mentionné en marge de la transcription. L'avoué qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de 100 francs d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un bordereau rédigé et signé par lui au conservateur.

(1) Raymond Petiet, De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes. Etude publiée dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (nos 9-10, septembre-octobre 1887).

Mais en dehors de cette excellente mesure, nous ne trouvons plus rien, à ce sujet, dans notre législation. Seule l'action en révocation des donations pour ingratitude est portée à la connaissance des tiers par voie d'inscription sur les registres publics, aux termes des articles 956 et 958 du Code civil. Nous trouvons là, comme sur les autres points, une disposition excellente qui aurait dû être étendue aux autres cas, ce que M. Besson appelle justement « la pierre d'attente d'une organisation plus générale ». Ce serait, semble-t-il, sur ces pierres d'attente que l'on pourrait édifier les améliorations nécessaires sans en arriver à un bouleversement général de notre système foncier.

13. C'est au contraire un bouleversement général de notre régime actuel qui se trouve impliqué dans la critique fondamentale à laquelle nous arrivons, et qui ne tend à rien moins qu'à transformer radicalement l'organisation actuelle de la publicité. Cette publicité, telle que nous venons d'en faire l'analyse, est, comme on le sait, une publicité personnelle. Tous les renseignements concernant la propriété foncière sont centralisés autour du nom du propriétaire actuel de l'immeuble.

C'est donc à la personne que s'adresseront ceux qui auront quelque intérêt à se renseigner. On part de la personne actuellement propriétaire : on remonte à ses auteurs, et par l'examen des actes que les registres rendent publics, du chef du propriétaire ac-

tuel ou de celui de ses auteurs, on reconstitue pour ainsi dire les éléments de la propriété, on reconnaît si telle personne est, à l'égard des tiers, propriétaire, si les démembrements de son droit ont été constatés et s'ils sont opposables aux tiers.

Cette publicité personnelle est imparfaite ; on ose à peine renouveler contre elle des critiques tant de fois reproduites. Les renseignements qu'elle est susceptible de fournir ne pourront donner une sécurité complète aux acquéreurs et aux prêteurs. S'il est vrai qu'il ne suffise pas aux tiers intéressés de connaître seulement l'état hypothécaire d'une personne donnée, s'il leur faut (et ce sera le cas ordinaire) se rendre compte de la situation de l'immeuble lui-même, nous venons d'indiquer quels détours il sera contraint de prendre pour y arriver. Il faudra que le conservateur prenne pour point de départ de ses investigations la liste de tous les anciens possesseurs. Or, cette recherche est pleine de complications et d'erreurs : difficultés sur l'identité de l'immeuble visé par la réquisition, difficultés sur l'identité des personnes, le plus souvent incertaine ; une seule omission dans la suite des propriétaires peut entraîner la ruine du prêteur, puisque le propriétaire omis est peut-être le propriétaire qui a grevé l'immeuble de la charge dangereuse, ou (péril encore plus grand) qui a négligé de consolider son titre par la transcription. « Dans ce système, on ne peut jamais affirmer avec certitude que le certificat délivré par le conservateur relativement à tel immeuble présente le tableau com-

plet et fidèle des charges et droits réels existant sur cet immeuble (1). »

A ce système de la publicité personnelle s'oppose le système de la publicité réelle, organisée par unité foncière. Le premier est celui des peuples latins ; le second est en usage dans les pays germaniques. M. Flour de Saint-Genis écrivait très justement à ce sujet : « Dans les pays de race latine, c'est autour de l'homme que viennent se grouper tous les accidents de la vie sociale et de la vie civile, le droit de propriété et les différentes manifestations de la fortune n'y étant que les accessoires de l'initiative et de la volonté de l'individu.

» Chez les peuples de race germanique, où les traditions du régime féodal se sont maintenues, c'est l'inverse. Le sol est tout, l'homme est l'accident (2). »

Dans ce système, ce n'est donc plus au moyen du nom du propriétaire qu'on arrivera à connaître les renseignements intéressants sur l'immeuble ; ce sera l'immeuble lui-même, individualisé, déterminé de façon fixe en un certain nombre de parcelles, qui se présentera en quelque sorte au public, tel qu'il se comporte, avec les charges qui le grèvent, les modifications diverses qu'il a pu subir. Le « Livre Foncier », assorti d'un plan exact et complet, retrace de la sorte l'image réelle de la propriété, et une seule

(1) Besson, *op. cit.*, p. 171. II^e partie, ch. 2.

(2) Flour de Saint-Genis, *L'Hypothèque judiciaire en France et à l'étranger*, in-8°. Fontainebleau, Thirel, 1881, p. 33.

feuille donne le tableau d'ensemble de toute l'histoire de chaque parcelle, depuis l'immatriculation initiale. « Il fait disparaître les doutes en même temps que les fraudes ; il écarte les contestations et oppose un obstacle aux usurpations... Il y aurait là... la plus fidèle représentation des droits de chacun, la plus sûre garantie pour le crédit et la sécurité des transactions (1). »

La grande commission extra-parlementaire du cadastre a fait du « Livre Foncier » l'article fondamental de la réforme qu'elle propose. Il reste à savoir si des tentatives de réforme aussi complètes, des bouleversements aussi profonds, des transformations aussi radicales, ne risquent pas de se heurter à des difficultés telles qu'elles ajourneraient les améliorations attendues à une époque indéterminée. Peut-être vaudrait-il mieux se contenter de réformes plus modestes, mais par contre plus pratiques et d'une réalisation immédiate.

14. Si, maintenant, nous signalons les restrictions qu'apportent au droit de communication des registres aux intéressés les prescriptions actuellement en vigueur (2), l'exagération des taxes fiscales qui accompagnent les certificats d'inscriptions ou de transcriptions, les droits superposés à la perception desquels donne droit la moindre formalité des bureaux

(1) Thézard, Rapport sur le projet de 1850. Paris, Mouillot, 1904.

(2) Code civ., art. 2196, rapproché de l'art. 2181.

hypothécaires, nous aurons indiqué, au moins dans leurs grandes lignes, les principales critiques auxquelles peut donner lieu l'organisation actuelle de la publicité de la propriété foncière. Les critiques ne sont ni moins nombreuses, ni moins graves au sujet du régime hypothécaire lui-même, soit qu'on le considère dans son organisation intime, soit qu'on envisage la publicité qui est donnée aux charges réelles grevant un fonds. Quelle est à ce point de vue la législation actuelle et quelles déficiences peut-on y relever ?

III

15: Ici nous devons nous borner, car il n'est à vrai dire aucune disposition du régime actuel qui n'ait été et très vivement critiquée et aussi énergiquement défendue. Sur chacun des privilèges, une discussion s'est élevée, de même que sur une quantité de détails d'application pratique que nous serons forcés de négliger. D'une façon générale, nous ferons porter l'examen que nous voudrions tenter du régime actuel sur cinq points principaux qui en détermineront les divisions naturelles : l'organisation des privilèges, des hypothèques conventionnelles, de l'hypothèque judiciaire, des hypothèques légales, de la purge hypothécaire, et nous indiquerons chaque fois quels procédés de publicité le Code Napoléon a adop-

tés pour chacun des faits juridiques que nous rencontrerons.

16. On a adressé aux privilèges de l'article 2101 (privilèges généraux sur les meubles et sur les immeubles) une juste critique. On sait qu'au profit de certaines créances dont l'article 2101 donne l'énumération, le Code civil établit un privilège qui s'exercera d'abord sur l'actif mobilier, puis, au cas d'insuffisance de celui-ci, s'exercera sur les immeubles (art. 2104), et sera alors préférable, aux termes de l'article 2105, aux privilèges spéciaux existant sur chacun de ces immeubles, à plus forte raison aux hypothèques dont ces immeubles sont grevés.

Très raisonnablement, on a objecté à ce système qu'il ne convenait point qu'un créancier hypothécaire, aux yeux duquel les registres du conservateur ont établi qu'il n'existait aucun droit préférable au sien sur l'immeuble affecté à sa créance, se trouvât, au jour de la liquidation, en présence d'autres créanciers à lui préférables qui, eux, avaient suivi la foi de leur débiteur et ne pouvaient compter sur tel ou tel élément particulier de son patrimoine, que ce débiteur était libre d'aliéner à son gré : « Le crédit hypothécaire peut-il s'accommoder d'un système dans lequel un créancier qui a cru recevoir hypothèque sur un immeuble absolument net de charges sera exposé à voir surgir au moment du versement de ce qui lui est dû, des privilèges dont, il est vrai, le chiffre ne sera pas élevé en particulier, mais qui par

l'accumulation de plusieurs créances pourrait monter assez haut (1). »

On ne saurait, d'autre part, faire un grief au Code civil de ne pas avoir organisé la publicité des privilèges généraux. Qui pourrait en effet avoir l'idée d'exiger une inscription quelconque du privilège des fournisseurs ou de celui des gens de service ? On se trouve donc dans l'alternative suivante : ou maintenir intégralement la disposition de l'article 2105, ou déclarer que les privilèges généraux ne sauraient s'exercer à l'encontre des créanciers hypothécaires et que les créances qu'ils garantissent ne seront privilégiées qu'à l'égard des créanciers chirographaires, ainsi qu'en avait décidé l'ancien droit.

« Le conflit s'élève, selon la formule de M. Bufnoir à la Commission du cadastre, entre la considération générale d'humanité qui a motivé ces privilèges, et l'intérêt du crédit hypothécaire. » Nous aurons à voir les positions qu'ont prises les divers projets de réforme dans ce conflit.

17. Toujours sur les privilèges généraux une autre question s'est posée. Y a-t-il lieu de soumettre ces privilèges à la publicité pour assurer à ceux qui en sont bénéficiaires l'exercice du droit de suite contre des tiers-acquéreurs ? L'article 2107 du Code civil décide que les créances énoncées dans l'article 2101

(1) Bufnoir, Procès-verbaux de la Commission du cadastre, fasc. I, p. 220.

sont exceptées de la formalité de l'inscription. Mais cette exception s'étend-elle même aux cas où le droit de suite est en jeu ? En doctrine, de bons arguments ont été présentés pour et contre. Certains projets de réforme ont donné une solution positive à cette difficulté. Nous avons dit que, quant à nous, nous estimions qu'une pareille question ne pouvait se poser en pratique, les privilèges dont s'agit échappant par leur nature même à toute publicité ; et, en effet, cette lacune de la loi n'a jamais donné lieu à une contestation pratique : il s'agit là d'une pure question d'école.

18. Des objections plus graves ont été formulées contre l'organisation actuelle des privilèges spéciaux sur les immeubles : ces privilèges sont en réalité au nombre de trois, encore que l'article 2103 en énumère cinq : privilège du vendeur, privilège des cohéritiers, privilège des architectes et entrepreneurs. Les paragraphes 2 et 5 de l'article 2103, qui accordent privilège aux prêteurs de deniers, ne font en somme que formuler une application particulière des principes généraux de la subrogation ; on en a souvent fait la remarque et on a demandé la suppression de ces deux paragraphes : c'est une question de pure forme.

Plus importante est la question qui se pose à propos du privilège du vendeur. On s'est avec juste raison demandé pourquoi la loi qui réservait au vendeur impayé un privilège, n'avait pas fait bénéficier

de la même mesure l'échangiste et le donateur, le premier tant pour la soulte stipulée que pour la garantie en cas d'éviction, le second pour la garantie des charges imposées au donataire.

La jurisprudence a considéré l'échangiste créancier d'une soulte comme privilégié au même titre que le vendeur ; on pouvait, en effet, considérer que, juridiquement, pour la valeur de la soulte, on se trouvait en présence d'une vente et non d'un échange (1). Mais la jurisprudence a repoussé toute assimilation pour le donateur et pour l'échangiste victime d'une éviction (2). Qui ne voit que cependant il y a lieu à un droit de préférence tout autant que pour le vendeur (3) ? A ce sujet il n'y a guère eu de divergences dans les propositions de réforme.

19. Le privilège des architectes, entrepreneurs et

1) Req., 11 mai 1863, D. 64-I-191. La doctrine est dans le même sens. Cf. Aubry et Rau, III, § 263, p. 219 ; Laurent, XXX, 29 ; Colmet de Santerre, IX, 51 *bis*, V ; Vigié, III, p. 1232, n° 2540 ; Thézard, n° 276 ; De France de Terzant, n° 145 ; De Loynes, I, n° 576.

(2) Pour l'échangiste évincé : Civ. cass., 26 juillet 1852, D. 52-I-196 ; Bordeaux, 6 avril 1865, J. G. Supplément, v° Priv. et hyp., n° 204.

Pour le donateur : Douai, 18 novembre 1846, D. 47-II-22 ; Orléans, 26 mai 1848, D. 48-II-122 ; Paris, 11 mai 1886, S. 88-II-110 ; Bordeaux, 22 juillet 1890, J. G. Suppl., *eod. ver' o*, n° 206.

(3) « Il est difficile d'expliquer pourquoi l'auteur d'une donation avec charges ne jouirait pas aussi bien que le vendeur d'un privilège si conforme à la nature des choses. Il s'est dépouillé gratuitement, il est vrai ; mais il a voulu qu'il lui revint quelque chose de sa libéralité et dans cette mesure il y a stipulation d'un prix d'aliénation que le privilège doit couvrir. » Challamel, Rapport à la Commission du cadastre sur les Privilèges immobiliers, § V. (Procès-verbaux. fasc. III. p. 174.)

ouvriers, s'est heurté à une critique qui met en jeu son existence même : on a argumenté de ce que en pratique il est à peu près inutilisé pour en proposer la suppression : « Il n'y a pas de raison de maintenir un droit de préférence à leur profit sur d'autres fournisseurs et il serait juste au contraire de les faire rentrer dans le droit commun. Quand ils sont appelés à exercer leur industrie, leur devoir est de s'enquérir de la solvabilité de la personne qui veut les employer (1). » Il est de fait que ce privilège est, dans la pratique, extrêmement rare (2). Est-ce là une raison pour le supprimer ? Son organisation paraît en revanche généralement satisfaisante, sauf un ou deux détails que nous indiquerons au cours de ce travail (3).

20. L'article 2103 ne mentionne pas un privilège qui a donné lieu dans la doctrine et dans la pratique aux plus graves difficultés et qu'une réforme hypothécaire devrait à coup sûr réorganiser : nous voulons parler de la séparation des patrimoines.

La jurisprudence de la Cour de cassation a augmenté encore la confusion qui existait déjà au sujet de la vraie nature juridique de cette institution. Contrairement à la conception romaine, qui faisait de

(1) Projet de 1896. Exposé des motifs.

(2) Toutefois, le sous-comptoir des entrepreneurs prend de ce chef chaque année une centaine d'inscriptions dans chaque conservation d'hypothèques de Paris.

(3) Ainsi la nomination par le président du tribunal de l'expert chargé d'évaluer la plus-value.

la séparation des patrimoines une véritable séparation, à la suite de laquelle les créanciers d'une succession, en présence d'un héritier à solvabilité douteuse, se refusaient à le reconnaître comme débiteur, et par là n'avaient aucun rapport avec lui, ne pouvant en aucun cas le poursuivre sur ses biens personnels ; contrairement donc à cette conception, le droit français a fait de la séparation des patrimoines un simple droit de préférence, permettant aux créanciers héréditaires de se faire payer sur les biens de la succession préférablement à ceux de l'héritier : ce n'est plus une séparation, car la transmission héréditaire s'est opérée et les patrimoines se sont confondus : ce n'est plus une mesure collective, mais un bénéfice individuel. Bien plus, la Cour de cassation a ajouté à ce droit de préférence un droit de suite, faisant ainsi de cette institution un véritable privilège immobilier, privilège singulièrement imprécis, à propos duquel on a pu dire « qu'il n'y a pas de règle s'y rattachant qui ne soit l'objet d'une contestation, et que tout en cette matière est contesté et contestable » (1).

Les solutions proposées ont été nombreuses : nous les analyserons au fur et à mesure que nous les rencontrerons. Dégageons pour le moment cette seule idée indiscutable (la seule chose indiscutable en la

(1) M. Léon Michel, à la sous-commission juridique du cadastre. Procès-verbaux, fasc. III, p. 165.

matière) : que le système actuel de la séparation des patrimoines est à la fois incohérent et périlleux, et qu'une réorganisation totale s'impose. Il faudrait une solution législative confirmant ou détruisant la solution jurisprudentielle, qui voit dans la séparation un privilège comportant droit de suite ; il faudrait régler la question difficile des rapports entre les créanciers du défunt qui ont conservé leur droit et ceux qui ont négligé de l'assurer, ainsi que les rapports entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier, toutes questions qui comportent de graves difficultés, tant juridiques que pratiques (1), fixer les conséquences de l'acceptation bénéficiaire de l'héritier, etc...

Quant aux solutions aujourd'hui définitivement acquises, il en est de fâcheuses qu'il faudrait non plus fixer, mais réformer. Actuellement, le créancier doit demander en justice la séparation : c'est une exigence illogique ; on exerce un privilège en justice ; on ne le demande pas. Actuellement, le droit de suite se conserve par une inscription prise dans le délai de six mois : l'effet de cette inscription est rétroactif à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier ; il ne l'est pas à l'égard des acquéreurs du chef de l'héritier : différence de traitement impossible à justifier et qu'il conviendrait de faire disparaître. Actuellement encore, les créanciers personnels de l'héri-

(1) Sur tous ces points, voyez l'ouvrage déjà cité de M. de Loynes, tome I, nos 875 à 877.

tier, lorsque les créanciers héréditaires ont usé à leur encontre de la séparation des patrimoines, sont préférables à ceux-ci sur les biens personnels de l'héritier : solution bizarre et inacceptable. Les créanciers héréditaires, par le fait qu'ils ont demandé la séparation des patrimoines, n'en sont pas moins restés créanciers chirographaires de l'héritier ; donc, ils doivent venir en concours sur ses biens avec ses créanciers personnels. Actuellement enfin, la séparation des patrimoines donne au créancier diligent, qui a manifesté l'intention de s'en prévaloir, un droit de préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, mais non sur ses cocréanciers héréditaires, ou sur les légataires. « Que vaut cette solution au point de vue théorique ? se demande M. Léon Michel. Je ne la trouve pas très satisfaisante, car elle se formule ainsi : la séparation des patrimoines fait acquérir un privilège à une masse de créanciers par rapport à une autre masse : mais elle ne modifie pas les rapports des créanciers dans la masse héréditaire. Cette idée de deux masses opposées l'une à l'autre se rattache bien à la théorie de la séparation des deux patrimoines collectifs, non à celle de garantie individuelle. » (1) Cette jurisprudence aboutit à des complications considérables dans la liquidation. Sur tous ces points des réformes de détail s'imposent, et de façon générale il convient, pour reprendre encore

(1) Commission du cadastre. Séance du 8 décembre 1892. P. V, III, 166.

les expressions de M. Léon Michel, « de plier la séparation des patrimoines à une forme déterminée, définie, d'en faire quelque chose qu'on connaisse, de lui donner une valeur théorique... Là où il y a du désordre dans la théorie, il ne peut pas y avoir d'ordre dans les faits, et à toute simplification théorique doit correspondre la simplicité dans l'application ».

21. Ayant ainsi rapidement analysé les critiques les plus généralement formulées contre l'organisation des privilèges considérés en eux-mêmes, il conviendrait, avant de passer à l'examen critique des trois sortes d'hypothèques que connaît notre droit, de considérer ce que la législation actuelle a fait pour assurer la publicité des privilèges que nous venons d'étudier.

Nous avons vu que, pour les privilèges généraux, la question ne se posait pas, ces privilèges échappant en fait à toute organisation de publicité. Il n'en est pas de même des privilèges spéciaux sur les immeubles, véritables hypothèques ayant un rang de faveur et que les tiers ont le plus grand intérêt à connaître avant de traiter, car il faut obtenir que nul de ceux qui auront à traiter avec une personne déterminée ne puisse être trompé par l'existence d'une charge qui lui serait restée cachée.

Le Code civil avait décidé, en ce qui concerne le privilège du vendeur, conformément à la loi de Brumaire, que la transcription était suffisante pour conserver ce privilège, sauf l'obligation imposée au con-

servateur de prendre inscription d'office. Pour le copartageant, le Code lui accordait un délai de 60 jours (art. 2108), à partir de l'acte même de partage, pendant lequel il pouvait faire inscrire le privilège et lui donner effet rétroactif au jour du partage. Mais il ne s'agissait là que du droit de préférence ; quant au droit de suite, on restait dans les deux cas sous la règle générale ; le droit de suite existait par le seul fait qu'on se trouvait inscrit avant l'acte qui faisait passer l'immeuble des mains du débiteur aux mains d'un tiers acquéreur.

Ce système, replacé dans l'ensemble des dispositions du Code, pouvait être considéré comme relativement satisfaisant ; on pouvait toutefois lui adresser deux reproches graves, relatifs l'un au privilège du copartageant, l'autre au privilège du vendeur. Le privilège du copartageant, avons-nous dit, ne pouvait s'exercer contre un tiers acquéreur qu'à la condition d'être inscrit avant le moment de l'aliénation faite au profit de ce tiers acquéreur (application de la règle générale en matière d'hypothèques). Il était donc possible à un copartageant débiteur d'une soulte de vendre à un tiers tout ou partie des immeubles à lui attribués avant qu'il eût été matériellement possible au copartageant créancier de faire opérer l'inscription du privilège, et de la sorte ce copartageant perdait le droit de suite.

Relativement au privilège du vendeur, le Code maintenait le droit de préférence de ce dernier à l'égard de tous les créanciers hypothécaires sans ins-

cription aucune. A quelque moment que l'inscription se produisît, pourvu que le droit de suite ait été conservé, le privilège du vendeur, dont tout le monde pouvait ignorer l'existence, passait avant les créances hypothécaires précédemment publiées.

La loi de 1855, organisant la transcription, dut apporter quelques modifications à ce régime pour l'adapter au système de la transcription qu'elle établissait. Elle décida, dans son article 6, que le droit de suite serait conservé au vendeur par l'inscription faite dans les 45 jours qui suivraient la date de l'acte de vente d'où émanait le privilège ; passé ce délai, si une sous-aliénation venait à s'opérer, le droit de suite ne pouvait plus s'exercer ; quant au droit de préférence, la disposition du Code était maintenue ; à quelque époque que le privilège fût rendu public, il primait tous les créanciers hypothécaires de l'acheteur.

La critique que soulevait le système du Code à ce dernier point de vue doit donc être maintenue contre la loi du 23 mars 1855. On a voulu également l'attaquer sur la première disposition qui oblige le vendeur, pour conserver son droit de suite, à inscrire dans un délai de 45 jours, en faisant observer qu'à toute époque la transcription devait logiquement conserver le droit du précédent propriétaire ; car le sous-acquéreur doit, s'il est prudent, s'assurer que le titre de son auteur est transcrit. Il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de l'ignorance où il est de la situation de l'immeuble, s'il a commis la lourde faute

de ne pas vérifier cette transcription. Mais, ainsi que le fait très justement remarquer M. Thézard (1), des considérations pratiques justifient la loi de 1855 : il y a une sorte de présomption que le prix a été payé lorsqu'une longue possession a habitué le public à regarder le possesseur actuel comme définitivement propriétaire. Il y aurait quelque rigueur à exiger du sous-acquéreur la recherche du titre originaire ; il semble dès lors plus prudent et plus utile d'imposer au vendeur l'obligation de rendre son privilège public pour le conserver.

Relativement au privilège du copartageant, la loi de 1855 a fait droit à la critique que nous signalions tout à l'heure. Elle laisse au copartageant un délai de 45 jours pour s'inscrire et décide qu'inscrit dans ce délai il primera toutes les transcriptions prises dans l'intervalle. Rien n'est changé au Code relativement au droit de préférence qui se conserve par une inscription prise dans les 60 jours.

L'ensemble de cette organisation ne semble pas appeler de critiques graves : il serait bon toutefois de mettre un peu plus d'uniformité dans la matière et de se contenter d'un délai unique tant pour le droit de préférence que pour le droit de suite, tant pour le privilège du vendeur que pour celui du copartageant.

Quant au privilège des architectes, entrepreneurs

(1) Rapport, p. 125.

et ouvriers, la publicité que la loi actuelle a organisée pour lui paraît assez satisfaisante. Tout au plus conviendrait-il de réparer une inadvertance de la loi, qui, dans l'article 2110, fixe à la date du premier procès-verbal le rang du privilège. Il est évident, en effet, que ce privilège s'exerçant seulement sur la plus-value apportée à l'immeuble et mettant pour ainsi dire cette plus-value en dehors du gage des autres créanciers, permet à ceux qui peuvent s'en réclamer de primer non seulement les créanciers postérieurs au procès-verbal, mais tous les créanciers hypothécaires même antérieurs jusqu'à concurrence de cette plus-value.

La publicité actuelle donnée à la séparation des patrimoines consiste dans une inscription qui doit être prise dans les six mois de l'ouverture de la succession et qui, prise dans ce délai, permet de primer les créanciers auxquels l'héritier aurait consenti des hypothèques dans l'intervalle (art. 2112). On a critiqué le délai et on a proposé des réductions. Quant au mode de publicité en lui-même, il est évident qu'il conviendra d'adapter au système d'ensemble qu'on adoptera, la publicité la mieux appropriée.

IV

22. Des trois sortes d'hypothèques qui figurent dans notre législation actuelle, c'est incontestablement à l'hypothèque conventionnelle que les reproches les moins nombreux ont été adressés. Le Code Napoléon qui, sur ce point, n'a pas été modifié, contient des règles fort sages sur la forme à donner au titre hypothécaire, sur la publicité destinée à la conservation de l'hypothèque, sur la capacité requise pour consentir hypothèque ; sur tous ces points on n'aurait qu'à conserver. Deux lois récentes sont venues, au surplus, en matière de biens susceptibles d'hypothèques, l'une, fixer la nature du droit du preneur à domaine congéable, l'autre trancher le conflit qui existait depuis un demi-siècle entre la jurisprudence, considérant dans l'emphytéose un droit que son titulaire peut hypothéquer (1), et une partie

(1) La jurisprudence n'a pas varié depuis un arrêt de la Chambre civile du 26 juin 1822. J. G., v^o Action possessoire, n^o 534.

Civ. cass., 18 mai 1847, D. 47-I-176 ; Civ. rej., 17 nov. 1852, D. 52-I-262 ; Civ. cass., 23 février 1853, D. 53-I-53 ; Civ. cass., 26 avril 1853, D. 53-I-145 ; Grenoble, 4 janv. 1860, D. 60-II-190, et sur pourvoi Req., 6 mars 1861, D. 61-I-418 ; Civ. rej., 26 janvier 1864, D. 64-I-83, Req., 22 juin 1885, D. 86-I-268.

Une partie de la doctrine approuve cette jurisprudence : Merlin, *Quest. v^o Emphytéose*, sect. V, § 8 ; Troplong, II, n^o 405 ; Duranton, IV, n^o 80 ; Demante, II, n^o 378 *bis*, IV s. ; Vigié, III, n^o 2474, a. ; Thézard, n^o 40.

de la doctrine qui, s'en tenant au texte de l'article 2118, se refuse à l'admettre (1). La loi du 8 février 1897, sur les baux à domaine congéable, et la loi du 25 juin 1902, article 1^{er}, ont déclaré susceptibles d'hypothèque, aussi bien le droit de l'emphytéote temporaire que le droit de superficie du preneur à domaine congéable et les constructions par lui élevées. Il faudrait trancher également, par une formule nette, les conflits de droit que peut soulever la théorie de l'article 553 sur l'hypothèque des constructions sur le terrain d'autrui ; on sait que, sur ce point, la jurisprudence a subi certains flottements dans la fixation des droits respectifs du propriétaire du sol (bailleur) et du constructeur (preneur) (2).

23. La critique la plus importante qu'on ait adressée au système des hypothèques conventionnelles concerne la règle de l'article 2130 permettant d'hypothéquer les biens à venir, et celle de l'article 2131 permettant d'obtenir dans certains cas un supplément d'hypothèque ; on a prétendu que ces deux dispositions portaient atteinte au principe de la spécialité, indispensable pour assurer une sérieuse publicité hypothécaire.

Ces deux reproches n'ont pas la même valeur. L'ar-

(1) Voyez notamment Aubry et Rau, § 224 *bis*, n° 8, II, p. 456 et § 259, n° 1, III, p. 125 ; Colmet de Santerre, IX, n° 78 *bis* ; Valette, n° 128 ; Pont, I, 388 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n° 656 et Louage, I, n° 10.

(2) Voyez une analyse excellente de la question dans le Rapport général de M. Challamel à la sous-commission juridique du cadastre. P. V., 7, p. 182.

ficile 2131 donne une option au créancier dont le gage est devenu insuffisant ; il peut exiger un remboursement immédiat ou se faire accorder un supplément d'hypothèque ; il n'y a là qu'un tempérament des plus équitables à la règle de l'article 1188, au moyen de la création d'une hypothèque nouvelle qui ne saurait nuire aux tiers. Tout au plus peut-on demander que cette option, au lieu d'être entre les mains du créancier, soit laissée au débiteur au moins lorsque la diminution du gage est survenue par cas fortuit.

L'objection faite à l'article 2130 est plus sérieuse : d'une part, en effet, cette règle viole le principe de spécialité, dont il est inutile de prouver ici, après tant d'autres, la nécessité, et, d'autre part, elle est un instrument efficace entre les mains des usuriers, qui peuvent ainsi faire acquérir aux fils de famille un immeuble de peu de valeur et lui faire en même temps souscrire une obligation considérable engageant tous leurs biens héréditaires. « L'hypothèque sur biens à venir, a-t-on dit, ne peut intéresser que les prêteurs à petite semaine et à grosse aventure ; la loi ne doit pas favoriser les moyens de crédit qui, loin de faciliter la conclusion d'affaires sérieuses, ne servent d'ordinaire qu'à entraîner la ruine des prodiges et des faibles d'esprit. » (1)

L'hypothèque des biens à venir n'en a pas moins

(1) Challamel, Rapport général, p. 113, n° 97.

ete déléguée par d'autres auteurs ; on y a vu une ressource utile pour certains emprunteurs en vue de cas dignes d'intérêt. C'est possible ; mais il faut, pour cela, poser en postulat : « qu'une personne qui désire emprunter doit être supposée en avoir un motif légitime. » (1) Postulat tout au moins contestable !

24. Si, comme nous venons de l'indiquer, le système du Code civil en matière d'hypothèques conventionnelles ne soulève pas, dans les prescriptions qu'il édicte, des critiques fondamentales, le développement économique qui s'est produit depuis sa promulgation a pu rendre nécessaires des dispositions nouvelles, dont le besoin ne se faisait nullement sentir vers 1804 et qu'on ne saurait donc reprocher aux auteurs du Code d'avoir négligées.

Une de ces lacunes les plus apparentes, que les nécessités de la vie industrielle et commerciale rendent chaque jour plus fâcheuse, consiste dans le défaut d'organisation des hypothèques destinées à garantir une émission d'obligations. Il s'agit de donner une sûreté réelle aux obligataires, qui seront ainsi préférables aux autres créanciers de l'entreprise. Or, comment peut-on, par exemple, comprendre dans l'acte constitutif d'hypothèque les noms de tous les obligataires, comme l'exigerait la loi strictement appliquée. ? comment faire naître l'hypothèque du jour

(1) Thézard, Rapport, p. 169, n° 112.

de l'émission avant que la souscription ne soit couverte, de façon à empêcher la création de nouvelles hypothèques, dans l'intervalle qui séparera l'émission de la souscription ? Si un mandataire était choisi, fallait-il des procurations authentiques (1) ?

La jurisprudence (2) avait essayé de pallier à ces inconvénients ; mais elle n'avait pu le faire que d'une façon incomplète et incertaine : en particulier, on exigeait du côté des créanciers l'authenticité des procurations des obligataires, aussi bien que, du côté du débiteur, l'authenticité des pouvoirs donnés par le conseil d'administration à un de ses membres pour consentir hypothèque. De plus, il résultait de la loi que l'hypothèque (même prise par un gérant d'affaires faisant inscrire une hypothèque destinée à garantir la dette future de la société, solution ingénieuse à laquelle la pratique avait dû avoir recours) ne pouvait prendre rang que du jour de la naissance de la créance qu'elle était destinée à garantir.

(1) M. Labbé a soutenu le contraire dans une très remarquable dissertation que M. Challamel a reproduite en partie dans son rapport sur le crédit hypothécaire. Voir P. V., fasc. 5, p. 521, n° 3.

Dans le même sens : Cass., 23 décembre 1885, § 86, I, 145 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, p. 398.

Mais la majorité de la doctrine veut que la procuration soit authentique.

(2) On lira avec beaucoup d'intérêt un excellent examen doctrinal de cette jurisprudence de M. le doyen Vigié, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. M. Vigié expose comment la jurisprudence a dû plier l'interprétation des lois aux besoins nouveaux de la pratique en matière de constitution d'hypothèque, d'inscription, spécialement dans le cas où intervient un mandataire ou un porte-fort. Cf. *Revue critique*, tome XXVIII.

Une loi concernant la matière des sociétés est venue modifier sur ce point le Code civil : la loi du 1^{er} août 1893, revisant la loi de 1867, décida dans son article 69 « qu'il pourrait être consenti hypothèque, au nom de toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant de son acte de formation même sous seing privé, ou des délibérations et autorisations constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte d'hypothèque reste soumis à la forme authentique. » (Art. 2127.)

Cette loi a amélioré l'ancienne législation en ce qu'elle a apporté plus de certitude ; mais ce résultat n'est pas suffisant : une réforme hypothécaire, aussi bien qu'une réforme de la législation des sociétés, ne saurait se désintéresser de la question et ne pas tenter une réorganisation au moins partielle de ce genre d'hypothèques. Nous verrons que la sous-commission juridique du cadastre s'en est sérieusement préoccupée, et qu'auparavant un projet de loi, dont la loi de 1893 n'a pas tiré peut-être suffisamment profit, le projet de M. Martin Feuillée, avait très sérieusement approfondi la question (1).

25. Il y aurait en outre à comprendre dans une réforme hypothécaire prochaine, la réorganisation, ou plutôt la fixation, d'un ensemble de règles relatives aux garanties hypothécaires pouvant accompa-

(1) Voyez sur ce point l'étude qu'a publiée M. de Casteran dans la *Revue des Sociétés* de 1875, p. 312 et 369.

gner éventuellement les titres à ordre ou au porteur. La diversité de règles en matière hypothécaire et en matière commerciale a eu pour conséquences des difficultés pratiques assez délicates en l'état actuel de nos lois, mais que quelques dispositions positives précises viendraient résoudre sans peine.

26. Si, maintenant, laissant de côté les hypothèques conventionnelles, et réservant la question grave de l'opportunité d'une organisation nouvelle du crédit hypothécaire au moyen de bons représentatifs de la dette foncière et destinés à circuler plus facilement qu'une créance ordinaire, nous passons à l'examen du second genre d'hypothèques connues dans notre droit, l'hypothèque judiciaire, nous voyons s'élever les critiques les plus vives et les plus radicales, puisque la plupart d'entre elles ne tendent à rien moins qu'à rayer cette hypothèque de notre législation (1).

Cette critique générale de l'hypothèque judiciaire a été faite bien souvent, et les travaux récents, les discussions minutieuses auxquels ceux-ci ont donné lieu ont analysé complètement les défauts de cette

(1) Diverses monographies ont été publiées sur cette question de l'hypothèque judiciaire. Nous nous bornerons à signaler ici le très bel ouvrage de M. de Vareilhes-Sommières, *L'Hypothèque judiciaire, son passé, son présent, son avenir* (Paris, 1871); celui de M. Flour de Saint-Genis, *L'Hypothèque judiciaire en France et à l'étranger* (Fontainebleau, Thirel, 1881); et enfin celui de M. J. Chailamel : *L'Hypothèque judiciaire. Etude critique de législation française et étrangère* (Paris, 1881). Nous y joindrons le rapport de M. le conseiller Cotelle du 28 novembre 1898.

institution : mais nulle critique ne fut plus vigoureuse, ni plus éclatante que celle à laquelle se livra, lors de la discussion de 1850, M. Valette, représentant du Jura, en même temps que professeur à la Faculté de Paris. Il vint appuyer à la tribune le projet de suppression qu'avait adopté la commission et qui avait été combattu par MM. Louvet, Richet et Wolowski (1). Sa solide argumentation n'a rien perdu de sa valeur.

Historiquement, le point de départ de l'hypothèque judiciaire se trouve dans l'hypothèque qui était à l'origine attachée à l'authenticité des actes publics, des actes notariés. Il était naturel qu'on étendît cet effet aux reconnaissances de dettes faites en justice, la constatation d'une dette par un magistrat devant raisonnablement avoir la même force coactive que la déclaration faite amiablement, spontanément, devant un officier public. Ce fut l'œuvre de l'ordonnance de Villers-Cotterets en 1539. Et ce ne fut qu'en partant de ces deux résultats déjà acquis qu'on en arriva à déclarer, pour être logique, que toute décision du juge, statuant sur la contestation des parties, obtiendrait la même puissance et aurait les mêmes effets que les faits juridiques précédents. L'ordonnance de Moulins, en 1560, en décida ainsi. C'est elle qui créa l'hypothèque judiciaire proprement dite.

Le Code supprima, et avec raison, l'hypothèque

(1) Séance du 18 décembre, *vide infra* : n° 66 et suiv. : chap. III.

des actes notariés : il maintint l'hypothèque judiciaire sans se rendre compte de son origine. La persistance de cette institution dans notre droit est donc une véritable inconséquence historique.

27. Envisagée en elle-même, l'hypothèque judiciaire nous apparaît d'abord comme injuste, en ce qu'elle accorde une préférence à un créancier sur un autre créancier, uniquement par suite de l'accélération, de la rapidité de la marche de la procédure : « De deux créanciers qui poursuivent leur paiement, l'affaire de l'un marche-t-elle plus vite ici, son avoué est-il plus actif, plus intelligent, l'adversaire élève-t-il moins de difficultés, oppose-t-il moins de résistance, c'est ce créancier-là qui primera l'autre parce qu'il aura le premier obtenu jugement... C'est le prix de la course, comme on l'a dit souvent, et il y a là-dedans une foule de bizarreries et de fraudes inhérentes au vice du système et qu'il est impossible d'empêcher. » (Valette.)

Ainsi donc, injustice de ce système, « classement inintelligent des droits qui tient au pur hasard » et d'où peut sortir « pour un créancier une collocation intégrale, pour un autre une perte considérable, peut-être sa ruine et celle de sa famille. »

De plus, ruine pour le débiteur ; car, dès qu'on le sent menacé, ses créanciers se jettent sur lui sans merci, dans l'espoir d'être préférés les uns aux autres ; « les assignations pleuvent ! » On se trouve en

présence d'une masse d'actions intentées... c'est le désastre rendu inévitable et irréparable.

En matière de faillite, il y a encore là une source abondante de contestations, les créanciers qui n'ont pu obtenir l'hypothèque judiciaire faisant tous leurs efforts pour faire reculer le plus possible la date de l'ouverture, de façon à balayer le plus grand nombre d'hypothèques.

Complications énormes dans la procédure de l'ordre, où une foule de créanciers viendront encombrer l'opération ; étant générale, en effet, l'hypothèque judiciaire donne à celui qui en bénéficie le droit de tenter de se faire payer sur chaque immeuble, car sur l'un d'eux, peut-être, aura-t-il des chances d'être colloqué en rang utile.

Le créancier chirographaire a suivi la foi de son débiteur. Pourquoi modifier après coup ce que la convention des parties avait souverainement établi ? Qu'on ne vienne pas dire qu'en contractant, le créancier, qui n'a sollicité aucune garantie réelle, avait en vue l'hypothèque judiciaire possible. Cette hypothèque n'est pour lui qu'une « affaire de jeu, une chance de loterie » ; car, du jour au lendemain, il peut se voir primé par un autre créancier plus prompt que lui-même. On ne peut donc soutenir que la loi a eu en vue, en maintenant l'hypothèque judiciaire, l'intérêt du crédit personnel. Car elle ne l'aurait fait en ce cas qu'en donnant une simple éventualité au créancier ; et pour être conséquent, on n'aurait pas dû, en tout cas, autoriser ce créancier à prendre

hypothèque judiciaire sur des immeubles autres que ceux qui appartenaient au débiteur au jour du contrat.

Bien loin donc de rassurer le créancier, l'hypothèque judiciaire doit être pour lui une crainte perpétuelle. Bien loin d'être favorable au crédit personnel, elle ne peut être un des éléments de ce crédit, qui repose surtout sur la confiance du créancier, dans la loyauté et l'habileté du débiteur : « Il n'y a que les usuriers, dit M. de Vareilhes-Sommières, dans le remarquable ouvrage que nous avons déjà signalé, qui fassent entrer l'hypothèque judiciaire dans leurs combinaisons. Mais les banquiers honorables, loin de fonder des espérances sur l'hypothèque judiciaire, ne prêteraient point s'ils croyaient être forcés de s'en servir un jour.

« L'hypothèque judiciaire, dit-on, rassure le créancier. Il me semble qu'elle doit l'effrayer, car il n'est pas probablement le seul créancier, et il doit penser que tous les autres ont, autant que lui, droit à la première hypothèque : c'est une affaire de vitesse. Il doit redouter que l'échéance de sa créance n'arrive que postérieurement à celle des autres, et alors il sera perdu... Il est évident que l'hypothèque judiciaire est très nuisible au crédit. Qui osera, par exemple, tant qu'elle existera, contracter sans défiance avec des personnes éloignées ? Qui s'exposera volontiers à la perpétuelle inquiétude d'apprendre que les autres créanciers, plus rapprochés et mieux informés, ont pris hypothèque et accaparé les immeu-

bles du débiteur ? Et ce sont là les services que l'hypothèque judiciaire rend au crédit ! » (1)

En résumé, ainsi que le dit M. Challamel dans son Rapport général, « l'hypothèque judiciaire a pour conséquence fatale la multiplication du nombre des procédures inutiles ; elle est une source de vexations pour le débiteur et de déceptions pour le créancier ; elle se prête à toutes sortes d'opérations frauduleuses ; elle facilite l'usure ; elle est une entrave au règlement amiable des ordres ; elle nuit au crédit bien plus qu'elle ne lui profite. A tous ces titres, une réforme radicale de notre loi civile est infiniment souhaitable. » (2)

Ces critiques sont des plus sérieuses et des plus légitimes ; elles ont rallié le plus grand nombre d'auteurs, et la Cour de cassation a, dans son assemblée générale du 29 novembre 1898, donné, sur un rapport de M. le conseiller Cotellet (3), son approbation à la suppression de l'hypothèque judiciaire que contenait le projet du Gouvernement de 1896.

28. Mais on se tromperait fort en croyant que ces critiques ont été unanimes : l'hypothèque judiciaire a été vigoureusement défendue (4), et, fait bien caractéristique, le Congrès de la propriété bâtie a voté

(1) De Vareilhes-Sommières, *op. cit.*, p. 252.

(2) J. Challamel, Rapport général. Procès-verbaux, VII, p. 83 et suiv.

(3) Cf. de Loynes, *op. cit.*, II, n° 1221, I.

(4) Voyez *Gazette des Tribunaux*, 8-9 mars 1897.

en 1897 une résolution demandant le maintien de cette hypothèque pour des raisons pratiques de la plus haute gravité (1). On pourrait éviter que l'hypothèque judiciaire devienne le prix de la course sans en arriver à une suppression radicale ; on pourrait notamment l'abroger dans une de ses applications les plus critiquables : celle qui la fait résulter des reconnaissances ou vérifications d'écritures, car on peut surprendre ainsi la confiance de certaines personnes qui n'entendaient pas consentir hypothèque (2) ; il est vrai que sur ce point la loi du 3 septembre 1807, interdisant d'inscrire l'hypothèque judiciaire provenant de cette source, avant l'échéance de la dette, avait fort amélioré la situation. On pourrait surtout plier l'hypothèque judiciaire à la règle de la spécialité. Mais on devrait, aux yeux de certains, la maintenir ainsi améliorée, parce qu'elle offrirait une certaine utilité ; outre l'argument que nous avons déjà rencontré : que l'hypothèque judiciaire est favorable au développement du crédit personnel, argument invoqué en 1850 par M. Wołowski et auquel répondit M. Valette, on a soutenu aussi qu'elle pouvait empêcher le débiteur de « s'insolvabiliser » frauduleusement, et que, d'autre part, elle pouvait venir en aide au débiteur de bonne foi momentanément gêné, auquel l'hypothèque judiciaire permettait d'obtenir un délai.

(1) De Loynes, *op. cit.* Introd. LXXVII.

(2) Voyez Thézard. Rapport, n° 121, p. 186-187.

Ni l'une ni l'autre de ces défenses ne paraissent bien sérieuses. Sur le premier point, on peut répondre, comme l'a fait M. Léon Michel, dans la séance de la sous-commission juridique du 23 juillet 1891 (1), que « l'insolvabilisation que l'on redoute se produit pendant la poursuite et que l'hypothèque judiciaire est parfaitement impuissante à empêcher cette dissimulation de l'actif. Le débiteur de mauvaise foi a pris ses précautions bien avant le jugement et l'hypothèque judiciaire arrive trop tard. » Et sur le second point, n'est-il pas permis de douter de l'utilité de l'hypothèque judiciaire pour venir en aide à un créancier qui désire se relever. Une hypothèque conventionnelle semble beaucoup plus pratique et beaucoup moins chère à obtenir. On peut donc rejeter sans crainte les objections qui tendraient à maintenir encore l'hypothèque judiciaire et conclure avec M. Challamel, l'éminent rapporteur général de la sous-commission juridique du cadastre : « L'hypothèque judiciaire est la plus mortelle ennemie du débiteur, en ce qu'elle donne une prime aux poursuites ; elle est la plus mortelle ennemie des créanciers en ce qu'elle ne leur apporte qu'injustice et déception. » (2)

29. Le principè de toute bonne législation en matière hypothécaire, c'est la publicité et la spécialité. Or, la troisième catégorie d'hypothèques, à laquelle

1 P. V., fasc. III, p. 321.

(2) J. Challamel, Rapport général, *l. c.*, fasc. 7, p. 87.

nous arrivons maintenant, échappe entièrement à ce double principe. Les hypothèques légales (art. 2121) sont à la fois générales et occultes ; la nécessité d'une réforme n'est contestée par personne.

Il est inutile d'insister sur les inconvénients qu'offrent, au point de vue de la sécurité des transactions immobilières, les hypothèques légales de l'article 2121 ; et, pour le moment, nous laisserons de côté celle du Trésor, pour n'envisager que celles de la femme mariée et des incapables. La loi elle-même a apporté deux palliatifs à ces inconvénients : à la généralité, d'abord, en permettant au contrat de mariage ou à l'acte conférant la tutelle de limiter à certains immeubles l'hypothèque légale, et en organisant une procédure pour arriver à restreindre au cours du mariage et de la tutelle les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits ; à la non-publicité ensuite, en contraignant au moyen de la purge des hypothèques légales les créanciers occultes à se révéler. Mais ce sont là des remèdes insuffisants ; de façon générale, les tiers peuvent ignorer l'existence de l'hypothèque occulte, et se trouver primés par les reprises de la femme ou du mineur. De là une entrave singulièrement gênante pour les transactions immobilières ; de là, une diminution considérable du crédit des hommes mariés et des tuteurs. La gêne que de pareilles institutions apportent dans les affaires est telle qu'il n'est pas rare de voir de fausses déclarations d'état civil dans les actes d'obligation hypothécaire. « Pour ma part, dé-

clarait M. Challamel à la Commission du cadastre (1), le 9 juillet 1891, j'en ai eu plusieurs exemples. Dans une affaire dont je me suis occupé récemment, l'acquéreur avait déclaré, selon la formule, qu'il n'était pas marié et qu'il n'avait jamais exercé de fonctions emportant hypothèque légale. Or, il était tuteur d'un interdit depuis trente-deux ans, et la tutelle durait toujours ! Et le plus piquant de l'affaire, c'est que le pupille n'ayant aucune fortune, n'avait rien à sauvegarder. Son hypothèque n'en frappait pas moins tous les biens immobiliers de son tuteur, et cela, indéfiniment, d'une façon indéterminée. Lorsque le prêteur voulut obtenir son remboursement, il se trouva donc dans l'obligation d'offrir, sur ses propres biens, une inscription d'hypothèque garantissant, le cas échéant, la restitution des sommes retirées de la Caisse des dépôts et consignations. Cette solution extra-légale, conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, ne laisse pas, il faut l'avouer, d'être assez dure pour le créancier. Comment voulez-vous, avec cela, que la propriété foncière ait quelque crédit ? »

Il y a plus encore : longtemps après la cessation du mariage ou de la tutelle, les tiers qui ont contracté depuis cette cessation avec un ancien mari, ou un ancien tuteur, qu'ils pouvaient considérer comme libre de ce chef de toutes charges, courent le risque d'être primés par des revendications inattendues. M.

1. P. V., fasc. 1, p. 264.

de Vatimesnil a pris dans son rapport de 1850 un cas particulièrement frappant (1). « Un tuteur rend un compte au mineur devenu majeur qui avait pris inscription sur lui. Le compte est approuvé par le pupille, le reliquat est payé par le tuteur et l'inscription est rayée. Plus tard le tuteur emprunte sur hypothèque. Mais le compte de tutelle était frauduleux ; il y avait eu des omissions ; le pupille fait rectifier le compte et se trouve créancier de sommes considérables. La justice déclare, conformément au véritable sens du Code civil, qu'il doit primer les prêteurs qui ont traité avec le tuteur dans une complète bonne foi et une ignorance invincible. »

Ce premier point : que l'existence d'hypothèques occultes et générales est incompatible avec tout bon régime hypothécaire, est une vérité en quelque sorte d'évidence que nul n'a jamais songé à contester. Nous touchons ici au vice fondamental de la législation actuelle, à celui qui appelle le plus impérieusement une réforme puisqu'il touche à « l'élément vital » de toute organisation hypothécaire. Une seule catégorie d'hypothèques dispensée de publicité, et tout le reste du système est radicalement vicié, car la sécurité à laquelle ont droit les tiers n'existe plus.

30. Les auteurs du Code avaient obéi en cela à des préoccupations graves et fort dignes d'intérêt : il

(1) *Moniteur* de 1850. Supplément au n° 116, p. 2, col. I.

fallait protéger les incapables contre leur propre faiblesse et contre la mauvaise administration de leurs biens par ceux qui sont chargés de les gérer. Et dans le conflit qui s'élevait entre l'intérêt des incapables et l'intérêt du crédit public, ils avaient fini par abandonner celui-ci au profit de celui-là.

Or, non seulement le système qu'ils adoptaient brisait toute l'harmonie de la conception d'ensemble du régime hypothécaire, mais encore il n'aboutissait pas à protéger les incapables, au profit desquels on faisait ce gros sacrifice d'abandonner en leur faveur spécialité et publicité.

L'hypothèque légale de la femme mariée est une garantie absolument insuffisante, car elle peut y renoncer, y subroger, par conséquent abandonner toute la protection qu'elle doit en retirer, pourvu qu'elle ne soit pas placée sous le régime dotal ; mais alors, en ce dernier cas, ce n'est pas l'hypothèque légale qui protège la femme, c'est la dotalité. C'est ce qu'à la sous-commission juridique du cadastre a très fortement exprimé M. Bufnoir : « Pour toute femme qui n'est pas mariée sous le régime dotal, le résultat le plus clair de l'hypothèque légale, c'est que la femme se ruine toutes les fois que le mari se ruine... Personne, bien entendu, ne traite avec un homme marié sans demander l'intervention de la femme, sans qu'on demande, comme on dit, que le prêteur, par exemple, soit subrogé aux droits de la femme dans son hypothèque, ou qu'elle renonce à son hypothèque au

profit de l'acquéreur. » (1) Et c'est ce que déjà, lors de l'enquête de 1840, constatait le rapport rédigé par M. Valette pour la Faculté de Paris (2) : « La législation actuelle ne défendant plus aux femmes de s'obliger pour autrui, ni même pour leurs maris, les créanciers qui traitent avec ces derniers ne manquent presque jamais d'exiger le concours des femmes, en qualité de coobligées, et même de coobligées solidaires... Quelquefois, la femme, sans s'obliger personnellement, renonce purement et simplement à son hypothèque ou y subroge des tiers... Ainsi, dans la pratique des affaires, ces garanties, si solides en apparence, s'en vont en fumée, ou du moins ne profitent aux femmes mariées qu'à l'égard des tiers les moins rigoureux dans leurs exigences ou quelquefois même les plus dignes d'intérêt, tels que ceux dont le mari est devenu le débiteur à raison d'un délit ou d'un quasi-délit dont il doit réparation. » (3)

La situation des mineurs et des interdits est plus solide : car leur incapacité même les empêche de renoncer à leur hypothèque légale. Mais que l'immeuble du tuteur soit vendu, il faut, si l'acquéreur procède à la purge, que, dans les deux mois, l'hypothèque

(1) Séance du 9 juillet 1891. P. V., I, p. 258.

(2) Documents relatifs au régime hypothécaire... publiés par ordre de M. Martin du Nord, tome II, p. 445 et suivants. Paris, Imprimerie Nationale, 1844.

(3) Voyez encore un excellent résumé de ces critiques dans l'exposé des motifs du projet du Gouvernement de 1850. *Moniteur*, 1850, p. 1160, col. 2.

que légale du mineur soit révélée, faute de quoi l'immeuble est déchargé. On voit la fragilité extrême de cette garantie, à peine supérieure à celle de la femme.

Enfin, aussi bien pour les femmes mariées que pour les mineurs, l'hypothèque légale ne répond à rien et ne repose sur rien au cas où la fortune du mari ou du tuteur est une fortune mobilière. Le Code a complètement négligé de pourvoir dans ce cas à la sûreté des incapables. La loi du 27 février 1880 a remédié en partie à cette situation en protégeant les valeurs mobilières du pupille ; mais, cette réserve faite, combien restent vraies, en 1907, les critiques qu'en 1840 la Faculté de Paris formulait dans le rapport que nous avons cité : « Aucune précaution n'est prise ici pour garantir les restitutions à faire par les débiteurs, aucun placement n'est judiciairement exigé, aucune caution n'est demandée. Il semble que l'hypothèque générale, véritable panacée universelle, dispense de tout autre remède, de tout autre moyen de précaution ; ainsi, le débiteur a-t-il des immeubles considérables, le gage du créancier sera complet, exagéré même, peu importe ; au contraire, n'a-t-il pas d'immeubles, le créancier n'a pas de sûreté, la loi ne songe plus à lui. » (1)

Ainsi, en résumé, le crédit foncier en général compromis, le crédit des hommes mariés et des tuteurs paralysé, les droits du mineur et de la femme lais-

(1) Documents... etc., *l. c.*, II, p.

sés, malgré cela, sans garantie sérieuse ; voilà comment peut s'analyser tout le système de notre loi en matière d'hypothèques légales destinées à protéger les incapables.

31. La réforme s'impose, mais elle se présente ici comme particulièrement difficile. Il faut que le crédit immobilier soit assuré, mais il ne faut pas que l'intérêt des incapables soit compromis. Combinaison difficile à réaliser, car toutes les fois qu'on subordonne l'hypothèque légale de ces incapables à des conditions de publicité, on court le risque de la supprimer en fait, ces conditions ne pouvant être assurées de façon certaine. Certains de ceux qui ont été appelés à se prononcer dans ce conflit ont considéré toute solution destinée à satisfaire les deux desiderata comme à peu près impossible. Un des intérêts en jeu doit être sacrifié à l'autre ; et dans l'enquête de 1840, par exemple, il semble que de façon générale l'intérêt des incapables ait été préféré à tout autre. Cet intérêt même exigerait, d'ailleurs, une réforme, puisque nous avons vu que le système actuel était radicalement impuissant à le satisfaire ; mais cet intérêt satisfait, certains estimeraient que l'œuvre est suffisante et qu'il n'y a point lieu de chercher à obtenir une publicité impossible. « Il ne paraît pas y avoir de milieu entre ces deux solutions : ou la suppression totale de l'hypothèque légale de la femme, ou le maintien de sa situation privilégiée avec

tous les caractères qui en sont la conséquence. » (1)
Et alors, prenant la contre-partie de nos critiques de tout à l'heure, on tend à prouver que les dangers et les inconvénients de la généralité des hypothèques légales et de leur occultanécité n'ont pas l'importance qu'on leur a attribuée et ne justifient point les critiques vigoureuses et intransigeantes qui ont été dirigées contre elles. S'il est vrai que le principal danger, pour les tiers, se trouve dans leur ignorance de l'hypothèque légale, qui ne voit que, le plus souvent, surtout pour celle de la femme, cette ignorance ne sera pas excusable ? Surtout depuis la loi du 17 août 1897, qui exige la mention du contrat de mariage en marge de l'acte de naissance des deux époux (art. 76 du Code civil), il est impossible qu'une vigilance ordinaire ne puisse découvrir le fait du mariage. Et, quant aux entraves apportées à la circulation des biens par l'affectation générale et indéfinie des immeubles du mari à la garantie des créances de la femme, il n'y a qu'à utiliser, pour y porter remède, la théorie du Code en matière de réductions, qui ne demande qu'une réforme de procédure destinée à alléger les frais — l'institution de la purge d'hypothèque légale — et la possibilité, pour la femme, résultant des lois de 1855 et de 1889, de renoncer à son hypothèque légale ou à y subroger. Par là, les immeubles du mari seront dégrevés.

(1) Thézard, Rapport, p. 262, n° 132

Nous nous contenterons d'opposer les deux systèmes : nous les verrons appliqués dans les projets que nous étudierons. Faisons, sur le dernier point, une simple remarque : c'est qu'on ne peut arriver à alléger le mari de la charge écrasante qui constitue pour lui l'hypothèque légale, sinon en compromettant les intérêts de sa femme, solution qu'il faudra toujours rejeter. Notons, d'autre part (ce que nous retrouverons plus loin), que tout projet de réforme doit tenir compte du régime dotal. Malgré ses inconvénients, ce régime reste un régime utile, pratique, grâce aux atténuations dont il est susceptible, éminemment conservateur, et qu'il faut favoriser plutôt que combattre. On ne saurait approuver une réforme qui, dans un souci exagéré de publicité, compromettrait implicitement l'existence du régime dotal.

32. La charge que constitue pour le mari l'hypothèque légale de la femme est atténuée, en une certaine mesure, par cette disposition de la loi, décidant que cette hypothèque légale prend rang seulement du jour où naissent successivement les créances que la femme acquiert contre le mari.

La règle est très sage et doit être conservée. Mais, pour l'hypothèque légale du mineur, l'article 2135-1°, par une différence de traitement assez inexplicable, fixe, d'une façon uniforme, la date à laquelle elle prend rang ; il y aurait là une réforme de détail à opérer ; car il serait certainement préférable que

l'hypothèque ne prenne rang que du jour de l'acte même qui lui a donné naissance, et que, de ce chef, les créanciers du tuteur (ou les acquéreurs d'immeubles) antérieurs à cet acte, ne soient pas inquiétés.

Cette analyse rapide suffira à mettre en relief les principales critiques auxquelles notre loi hypothécaire donne lieu : deux ou trois points spéciaux méritent toutefois de nous retenir encore, comme ayant donné lieu à des difficultés pratiques, et appelant, par conséquent, quelques précisions destinées à les faire disparaître.

V

33. Il faut rendre justice à la théorie du Code Napoléon en matière de purge ; sans doute, des perfectionnements pratiques sont désirables qui diminueraient les frais excessifs de cette opération. Mais on ne saurait contester sans injustice que l'ensemble de notre législation sur ce point est satisfaisant.

« Les dispositions du Code, dit M. Thézard dans son Rapport (1), sont dans leur ensemble très rationnellement combinées. S'il s'agit de créances soumises à l'inscription, avertir tous les créanciers inscrits, les mettre en demeure d'accepter le prix offert ou de surenchérir, et leur impartir à cet effet un délai rai-

(1) Page 219, n° 143.

sonnable ; s'il s'agit de créances dispensées d'inscription, les obliger préalablement à se faire connaître, à peine de déchéance, et leur appliquer ensuite des règles analogues à celles des créanciers inscrits ; dans l'un et l'autre cas, arriver en définitive à reporter le droit sur le prix et épuiser ainsi l'effet hypothécaire ; telle est en somme la procédure : les moyens, comme le but, se dégagent avec une netteté parfaite. »

Il n'en reste pas moins certaines imperfections que l'expérience a signalées et qui pourraient être corrigées par une réforme assez simple.

Signalons principalement quatre de ces critiques que l'organisation actuelle de la purge semble devoir soulever.

1° Actuellement, la purge n'est possible que de la part d'un acquéreur qui veut « nettoyer » l'immeuble des charges qui le grèvent. L'intérêt qu'il a à prendre cette mesure est évident. Mais non moins évident semblerait être l'intérêt d'un prêteur de deniers à faire de même. Un créancier qui prête sur hypothèque devrait pouvoir libérer de la sorte l'immeuble qui lui est affecté. Cela est si vrai qu'on a accordé ce droit, de façon exceptionnelle, au Crédit Foncier (Décret du 25 février 1852, articles 19 à 23). Une généralisation de cette mesure ne pourrait que consolider le crédit.

2° La critique la plus importante qu'on doive faire à notre purge actuelle concerne la coexistence de deux sortes de purges, nécessitée par la coexistence symé-

trique de deux sortes d'hypothèques : les unes occultes, les autres apparentes. Il est certain que la critique tombera d'elle-même dans un projet de réforme qui soumettra toutes les hypothèques à la publicité. Un seul mode de purge suffira alors. Néanmoins, nous avons vu tout à l'heure, à propos des hypothèques légales, que si on devait souhaiter la disparition des hypothèques occultes dans notre droit, l'intérêt des incapables rendait cette solution difficile, et que certains très bons esprits acceptaient comme une nécessité l'existence de l'hypothèque légale de la femme et du mineur, telle que la fixe notre droit, avec certaines modifications destinées à garantir davantage la sécurité des tiers. Les deux purges devraient alors continuer à exister : mais même en maintenant ainsi l'ensemble de l'organisation, telle que le Code l'a établie, il n'en faudrait pas moins tenir compte des critiques qu'entraîne l'application de cette organisation, et tendre à une combinaison plus satisfaisante entre la purge des hypothèques dispensées d'inscription et celle des hypothèques inscrites : supposons, en effet, que la purge des hypothèques inscrites soit faite avant celle des hypothèques légales : « Chaque créancier inscrit recevra la notification de l'acte d'aliénation et le tableau sur trois colonnes qui lui fera connaître les hypothèques inscrites utilement. C'est d'après ce tableau qu'il verra s'il a ou non intérêt à surenchérir ; il s'en abstiendra évidemment, s'il vient en ordre utile d'après ce tableau, encore que le prix de l'immeuble soit

inférieur à sa valeur réelle, et il laissera écouler le délai de 40 jours imparti à cet effet. Puis, on fera la purge des hypothèques légales qui amènera les titulaires de ces hypothèques à se faire connaître ; et ainsi seront révélés des droits préférables à celui du créancier qui s'était cru à l'abri.

» Il voudra peut-être surenchérir ; mais il sera trop tard ; il en éprouvera donc un préjudice. Il faut reconnaître que la pratique ordinaire remédie à cet inconvénient en procédant tout d'abord à la purge des hypothèques légales. Mais cette méthode n'est pas légalement obligatoire.

» Ce n'est pas tout : à supposer même que la purge des hypothèques légales n'ait pas été faite en temps utile, et que les soixante jours donnés aux créanciers pourvus de ces hypothèques se soient écoulés sans qu'ils aient pris inscription, le créancier à hypothèque inscrite pourra encore se croire en pleine sécurité et laisser passer son propre délai de quarante jours sans surenchérir. Mais une surprise peut l'attendre encore : les créanciers à hypothèque légale ont sans doute perdu le droit de suite et la faculté de s'inscrire ; mais nonobstant le défaut d'inscription, ils conservent encore jusqu'à la clôture de l'ordre le droit de préférence et sont fondés à se faire colloquer à leur rang (1). »

On ne saurait mieux formuler cette critique qui est

(1) Thézard, *op. cit.*, p. 221-222, n° 145.

la plus sérieuse qu'on puisse opposer à notre système de purge : le remède est d'ailleurs très simple ; il suffirait d'exiger la purge des hypothèques légales préalablement à celle des hypothèques inscrites.

3° Il peut arriver également que par l'effet de la purge actuellement en vigueur, les conditions du contrat hypothécaire se trouvent faussées, au point de vue des délais convenus. Or, il est nécessaire que la purge respecte ces délais.

Le Code civil, conformément à l'ancien droit et au décret de Messidor, contrairement à la loi de Brumaire, oblige, dans son article 2184, l'acquéreur d'un immeuble qui veut purger de déclarer en notifiant son contrat « qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, *sans distinction des dettes exigibles et non exigibles.* »

« Procéder ainsi, s'écrie M. Challamel, c'est, contre toute justice, porter atteinte aux droits du créancier. Voici, par exemple, un immeuble qui s'achète 12.000 francs, et qui n'est frappé que d'une hypothèque de 10.000, créance non échue. Le gage est plus que suffisant pour l'entier acquittement de la dette ; le créancier à qui l'on dénonce la vente n'a pas d'intérêt à la contester, ni par conséquent à surenchérir. Pourquoi serais-je donc autorisé à modifier les termes du contrat qu'il a passé avec mon vendeur et dont l'immeuble était la caution réelle ? Je savais en achetant que la créance inscrite n'était remboursable qu'à telle époque. Si l'intérêt dû au créancier est

élevé, je n'avais qu'à le faire entrer dans le calcul du prix. Le juste souci de ma sécurité, au point de vue de la propriété de l'immeuble, n'exige pas que je fasse disparaître dès aujourd'hui l'inscription ; je n'ai qu'à mettre en réserve la partie du prix qui doit revenir au créancier ; en un mot, je n'ai qu'à rester fidèlement l'ayant cause de mon vendeur, ou si l'on préfère cette expression, l'ayant cause de la propriété grevée d'hypothèque, que je viens d'acquérir et dont toutes les charges me sont opposables, à concurrence de mon prix, non contesté par le créancier (1). »

Injustice donc à l'égard du créancier à terme qui peut avoir grand intérêt à conserver le délai qu'il a stipulé. Mais préjudice également, dans la plupart des cas, à l'égard de l'acheteur, qui peut désirer conserver le bénéfice du terme accordé par le créancier à son vendeur. Si, par exemple, les deux créances reposant sur un immeuble vendu, la première n'est pas échue, alors que la deuxième l'est, pourquoi forcer l'acheteur à payer immédiatement le premier créancier : il n'a qu'à faire les notifications habituelles, le premier créancier surenchérira s'il croit devoir le faire ; mais si les choses restent en l'état, le deuxième créancier sera seul remboursé : « Dira-t-on que l'exigibilité des créances est nécessaire pour qu'il soit procédé au règlement de l'ordre ? Rien ne

(1) Challamel, Rapport général. P. V., fasc. VII, p. 149, n° 167.

serait moins exact. Tous les jours, on colloque des créances conditionnelles ; on colloque des capitaux nécessaires pour le service des rentes viagères : dans l'un et l'autre cas, le montant de la collocation reste entre les mains de l'acquéreur. Pourquoi donc ne colloquerait-on pas une créance non échue ? L'acquéreur payera lorsque l'époque de l'exigibilité sera arrivée (1). » Solution satisfaisante, mais qui laisse subsister une objection, objection qui semble avoir déterminé les rédacteurs du Code civil. Tronchet la formulait très nettement : « S'il existait sur un immeuble trois créances hypothécaires, l'une de 4.000 francs, l'autre de 5.000 francs, et l'autre de 10.000 francs, et que la deuxième ne fût pas exigible, le premier créancier était payé, le deuxième s'opposait à ce que le troisième le fût, attendu que s'il permettait le paiement et que le bien vînt à diminuer de valeur, il courrait le danger de ne plus trouver dans le gage une sécurité suffisante pour le recouvrement de sa créance : on a vu tel ordre (2) qu'il a été impossible de terminer parce qu'il se composait de beaucoup de créances exigibles et non exigibles qui se trouvaient entremêlées (3). » De là, le vote de l'article 2184 que le raisonnement de Tronchet semble en effet justifier. Mais on peut répondre qu'en accor-

(1) Rapport de M. de Vatimesnil, *loc. cit.*

(2) Sous le régime de la loi de Brumaire.

(3) Motifs et conférences du Code civil, édit. Didot. II. p. 278.

dant le terme, les créanciers ont dû envisager l'hypothèse d'une baisse éventuelle sur l'immeuble.

4° Nous avons déjà fait allusion à un des inconvénients de la purge actuelle : l'énormité des frais qu'elle entraîne. Sur ce point, nous devons nous borner à signaler la critique et à indiquer le sens de la réforme qui relève de la procédure pure : c'est vers une simplification des règles de procédure, des formalités aujourd'hui nécessaires que le législateur devra orienter la réforme attendue.

34. A côté de la purge, le Code civil prévoit une autre cause d'extinction de l'hypothèque, qui appelle des critiques plus sérieuses et une modification plus radicale ; nous voulons parler de la prescription, non pas, bien entendu, de la prescription de l'obligation principale, entraînant, par voie de conséquence, l'extinction de la garantie ; mais d'une prescription spéciale, s'exerçant de façon spéciale sur l'hypothèque, en dehors de la créance elle-même.

Cette distinction des deux prescriptions avait été reçue par les pays de droit écrit, sauf dans le ressort du Parlement de Toulouse. Elle faisait l'objet de la loi *cum notissime*, et s'analysait, en dernier ressort, en une prescription extinctive de l'action hypothécaire au profit du débiteur, et au profit du tiers détenteur en une usucapion de la propriété franche et quitte d'hypothèque.

La loi de messidor an III abrogea la loi *cum notissime*.

Le Code civil ne reprit pas la théorie romaine, mais l'article 2180 règle, au profit des tiers détenteurs, une prescription spéciale de la créance hypothécaire, qui est à proprement parler une usucapion avec les délais de droit commun : 30 ans en toute hypothèse ; 10 à 20 ans s'il y a juste titre et bonne foi.

L'article 2180 spécifie également que cette prescription ne commencera à courir que du jour de la transcription.

Théoriquement, du reste, comment admettre que l'aliénation de l'immeuble par le débiteur puisse modifier la nature de l'hypothèque et d'accessoire, la faire en quelque sorte devenir principale, vivant d'une vie propre, avec des causes d'extinction spéciales ?

Cette théorie de l'article 2180 est incohérente et injustifiable. Par elle, le créancier hypothécaire se verra dépouillé de son gage, sans même qu'il puisse agir utilement, dans les cas, par exemple, où sa créance est subordonnée à un terme ou à une condition.

Sans doute, la jurisprudence admet bien que la prescription ne court pas, même au profit du tiers débiteur, si la créance n'est pas exigible (1). Mais cette jurisprudence est très contestable. M. Thézard (2) la critique très fortement, et il propose une dis-

(1) Besançon, 19 décembre 1855, D. 56-2-174 ; Req., 16 nov. 1857, D. 58-1-34 ; Bordeaux, 12 mai 1879, D. 80-2-8 ; et Req., 30 décembre 1879, D. 80-1-338 ; Montpellier, 10 janvier 1878, D. 80-2-35 ; Pau, 26 juin 1888, D. 89-2-119.

(2) Thézard. *Privilèges et hypothèques*, n° 252.

inction entre le cas où le tiers détenteur a acquis l'immeuble du débiteur lui-même, et le cas où il a acquis *a non domino*. En faveur de ce dernier, qui usucape aux yeux de tous, la prescription ne saurait être influencée par les conditions dans lesquelles se trouve la créance. Au contraire, dans le premier cas, il y aurait lieu à suspension de la prescription.

M. de Loynes repousse cette doctrine (1) ; et réfutant très justement la jurisprudence, il conclut que la prescription de l'hypothèque court alors même que la prescription de la créance est suspendue parce que la créance est à terme ou conditionnelle. La solution peut paraître rigoureuse, elle est seule conforme aux principes ; et à elle seule, elle est une critique suffisante de notre législation sur ce point. Cette législation appelle nécessairement une réforme. La question est de savoir, s'il faut se contenter de retouches de détail, ou s'il faut aller jusqu'à supprimer radicalement la dualité de prescription.

35. Non moins que la prescription, le concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales, au moment de la liquidation, a soulevé de justes critiques ; et nous voyons dans l'enquête de 1841, par exemple, de nombreuses Cours et Facultés se préoccuper de cette question. Le moyen le plus simple de venir à bout de la difficulté, c'est évidemment de supprimer toute hypothèque générale, comme fait

(1) *Op. cit.*, n° 2294, p. 518, tome III.

tel projet. Tout en maintenant ce genre d'hypothèque, on a, d'autre part, proposé certaines modifications que nous étudierons. Il nous faut ici seulement montrer les inconvénients de la législation actuelle et l'impossibilité de la conserver.

L'inconvénient capital est celui-ci : on fait du créancier muni d'une hypothèque générale (1) première en rang, le maître absolu du sort des créances spéciales qui viennent après lui, selon qu'il fera porter son hypothèque sur tel ou tel immeuble ; ou encore, c'est le seul hasard qui faisant qu'une expropriation se poursuit plus tôt sur tel immeuble que sur tel autre, modifie du tout au tout la situation des créanciers qui viennent après le créancier à hypothèque générale.

L'exemple est très simple et d'une clarté frappante. Primus a une hypothèque générale, première en rang sur deux immeubles A et B, valant chacun 20.000 francs. L'hypothèque de Primus est également de 20.000 francs. Secundus vient après lui sur A pour 10.000 francs ; Tertius pour 10.000 francs sur B ; enfin, il y a des créanciers chirographaires pour une somme indéterminée. On vend : chaque fonds atteint 20.000 francs. Si les collocations ont lieu d'abord sur A, Primus produit sur cet immeuble pour la valeur

(1) Il n'est même pas nécessaire que le créancier soit muni d'une hypothèque générale proprement dite. Il suffit qu'il puisse exercer son hypothèque sur plusieurs immeubles indifféremment ; en un mot, qu'il ait une hypothèque plus étendue que les créanciers antérieurs.

intégrale de sa créance ; et Secundus est complètement dépouillé. Sur B, Tertius touchera l'intégralité de sa créance : et sur les 10.000 francs qui restent Secundus viendra en concours avec les créanciers chirographaires, c'est-à-dire ne touchera qu'un dividende insignifiant. Résultat inverse si Primus se fait d'abord colloquer sur B. De là, incertitude et injustice. Dépendance injustifiée de l'hypothèque spéciale à l'égard des hypothèques générales (1).

Il importe que, par quelque moyen, cette fâcheuse situation soit évitée. Des auteurs avaient voulu, en l'état actuel de la loi, décider que le remède était possible et voir dans le paiement intégral de la créance à hypothèque générale, au détriment du créancier à hypothèque spéciale, un cas de subrogation légale au profit de ce dernier. Mais cette doctrine n'est pas juridique, car le créancier à hypothèque générale n'a pas été payé avec les deniers du créancier lésé, mais bien avec les fonds lui revenant personnellement en vertu de son droit hypothécaire. De plus, cette solution amenait le plus souvent à une nouvelle injustice : car alors c'était le créancier à hypothèque spéciale inscrit sur l'autre immeuble, qui allait supporter sans raison les effets de cette subrogation. Dans l'exemple choisi, si Secundus était considéré comme subrogé à Primus et, à ce titre, comme possédant les droits de Primus contre Tertius, c'était

(1) Voir Vigier, *Cours de Droit civil*, III, n° 2601, p. 1271 (3^e éd.)

Tertius qui était lésé aussi injustement que l'eût été Secundus, au cas où l'immeuble, au lieu d'atteindre 20.000 francs, aurait atteint une valeur moindre. Une disposition législative reste évidemment indispensable.

36. Enfin, et pour terminer toutes ces critiques particulières par une critique générale, on a reproché à l'ensemble de notre système hypothécaire de ne pas constituer aujourd'hui un instrument de crédit assez souple : alors que toutes facilités sont données à la circulation des autres valeurs, les créances hypothécaires ne possèdent pas, aux yeux de certains, assez de facilités à cet égard. Il faudrait que le prêteur de deniers ne soit pas contraint d'immobiliser ses capitaux trop longtemps. On se trouverait en présence de deux intérêts contraires : celui du propriétaire foncier qui a besoin d'un très long crédit, celui du capitaliste qui prête et qui désire rentrer vite dans son capital. Cette nécessité est telle qu'elle a amené la création de Sociétés de crédit destinées précisément à concilier les intérêts contraires. Le Crédit Foncier met à la disposition des propriétaires des capitaux importants, remboursables par amortissement et que représentent des lettres de gage que les porteurs peuvent négocier avec la plus grande facilité.

Il conviendrait, aux yeux de beaucoup, de développer en ce sens le crédit hypothécaire, de le « mobiliser » entre les mains des créanciers ; la pratique

de l'amortissement ne pouvant guère convenir entre particuliers, on aurait recours à un procédé différent : « A défaut d'amortissement, le prêt à long terme pourrait se réaliser sans intermédiaire si l'on parvenait à créer un titre de circulation facile, permettant au créancier de rentrer dans ses fonds du jour au lendemain, tandis que l'emprunteur n'aurait souci pendant un certain nombre d'années que de payer à échéances fixes les intérêts de la somme empruntée (1). »

Tel est le vœu ; on sait quelle fut la tentative que fit dans cet ordre d'idées le décret du 9 messidor an III, qui créa l'hypothèque sur soi-même. Il semble que, depuis lors, l'idée ait été assez abandonnée. Elle vient d'être reprise, mais bien modifiée, par la Commission extra-parlementaire du cadastre. Nous aurons à étudier avec quelques détails, l'organisation nouvelle qu'elle propose d'introduire dans notre droit, sous forme de bons hypothécaires.

Nous avons ainsi tracé, dans ses grandes lignes, le tableau d'ensemble des desiderata de la pratique et de la doctrine en matière hypothécaire. Il nous faut maintenant étudier successivement les diverses tentatives qui ont été faites pour leur donner satisfaction, et analyser ainsi en détail les différentes façons dont, au cours de ces travaux de réforme, ont été envisagés les éléments d'un problème aussi complexe.

(1) J. Challamel, Rapport sur le crédit hypothécaire. P. V., fasc. V, p. 518.

CHAPITRE II

LA GRANDE ENQUÊTE DE 1841

Sommaire. — **I.** 1. Les critiques depuis le Code civil jusqu'à 1841 — 2. La circulaire du 7 mai 1841 — 3. La fixation des résultats de l'enquête.

II. *L'esprit des documents de l'enquête.* — 4. Les tendances purement conservatrices (Toulouse) — 5. Les tendances réformatrices modérées — 6. Les tendances novatrices (Bastia).

III. *Les Idées générales.* — 7. Crainte générale d'une mobilisation excessive du sol — 8. Au contraire, Montpellier pousse à cette mobilisation — 9. Désir unanime d'une publicité plus complète — 10. Préoccupation très grande des intérêts des incapables — 11. Désir de spécialiser l'hypothèque — 12. Nancy : idée première du Crédit Foncier.

IV. *La Publicité.* — 13. L'art. 834 du Code de procédure et la loi du 28 avril 1816 — 14. Quelques documents statistiques.

15. *Trois courants généraux.* — 16. a) La publicité élément nécessaire du transfert — 17. b) Clandestinité absolue — c) La publicité créant simplement l'opposabilité aux tiers.

Forme de la Publicité. — 18. Personnelle et réelle — 19. Inscription ou transcription.

Ce qu'il faut publier : les faits. — 20. Les mutations entre vifs — 21. Les causes de résolution — 22. Les actes déclaratifs — 23. Les mutations à cause de mort.

Les droits. — 24. Les baux à long terme — 25. Les servitudes — 26. Les droits susceptibles d'hypothèque — 27. Autres droits.

L'état et la capacité. — 28. L'identité — 29. Les incapacités.

Qui doit faire la publicité. — 30. Les parties elles-mêmes — 31. Les

receveurs d'enregistrement — 32. Les notaires — 33. La « réalisation » (Faculté de Caen).

Effets de la publicité. — 34. Quant aux parties — 35. La question de la force probante — 36. Effets quant aux tiers — Question des délais.

V. Les Privilèges. — 37. Concours des privilèges immobiliers — 38. Concours des privilèges généraux et spéciaux — 39. Privilèges pour les impenses et fournitures — 40. Extension du privilège du vendeur et question de la rétroactivité.

VI. Les Hypothèques conventionnelles. — 41. Deux points importants — 42. La spécialité : ses adversaires (Fac. de Dijon) — 43. Ses partisans — 44. L'hypothèque des biens à venir — 45. Questions diverses forme de la procuration, biens susceptibles d'hypothèque, etc...)

VII. L'Hypothèque judiciaire. — 46. L'unanimité est favorable à son maintien — 47. Maintien pur et simple — 48. Critiques du système présent — 49. Modifications quant aux actes qui y donnent lieu — 50. Quant aux biens sur lesquels elle doit porter — 51. Restrictions opérées par le juge — 52. Les prénotations.

VIII. Les Hypothèques légales. — 53. Importance de la matière — Plan et vues générales — 55. Faut-il maintenir les hypothèques légales? — 56. Y a-t-il lieu de créer d'autres garanties?

Etendue de l'hypothèque légale. — 57. Droits et créances qui y donnent lieu — 58. Aliénation des immeubles dotaux — 59. Personnes grevées de l'hypothèque du mineur — 60. Situation du père administrateur légal.

IX. Publicité de l'Hypothèque légale. — 61. Faut-il donner une solution différente pour la femme et pour le mineur? — 62. Faut-il soumettre l'hypothèque légale à l'inscription? — 63. La grosse majorité est favorable au maintien de la clandestinité — 64. Mais, avec des améliorations : création d'un registre spécial — 65. Obligation d'inscrire imposée à de plus nombreuses personnes — 66. Quelques assemblées défendent le principe de la publicité — 67. Détails pratiques — 68. Dans le système de la clandestinité : restrictions — 69. Publicité des cessions et des subrogations — 70. Durée de la dispense d'inscription après la cessation de l'incapacité — 71. Date de l'hypothèque légale — 72. Restrictions et réduction de l'hypothèque légale au début de l'incapacité — 73. Pendant le cours de la tutelle et du mariage.

X. Organisation de la Publicité. — 74. Formalités de l'inscription — 75. Jurisprudence : opinions favorables à son maintien — 76. Principe : pas de nullité sans grief — 77. Demande d'une dispo-

sition législative précise — 78. Formalités substantielles et formalités secondaires — 79. Transcription ou inscription — 80. Utilisation du cadastre — 81. De la communication des titres — 82. Renouvellement de l'inscription : pas de divergence sur le principe — 83. Délais du renouvellement — 84. Moment où l'inscription a produit son effet.

XI. De la Purge. — 85. Qui peut purger — 86. Formalités de la purge : hypothèque inscrite — 87. *Id.* : Hypothèque non inscrite — 88. Les Cours de Grenoble et de Montpellier exigeraient une renonciation expresse de la femme — 89. Le jugement d'adjudication vaut-il purge ? — 90. Survie du droit de préférence au droit de suite.

XII. Questions diverses. — Concours des hypothèques générales et spéciales — 91. Théorie de la subrogation — 92. Théorie de la répartition proportionnelle — 93. Obligation de produire en premier ordre — 94. Endossement. — 95. Conclusions.

I

1. Il était impossible que dès le lendemain de la promulgation du Code, des critiques ne se fissent pas entendre, pour demander des réformes. Il faut cependant attendre plus d'une trentaine d'années avant de voir une tentative sérieuse d'amélioration, ayant un caractère officiel. Car on ne saurait compter pour de véritables réformes les expédients que le Code de procédure, ou la loi du 28 avril 1816 avaient consacrés pour tâcher de rendre plus général l'emploi de la transcription et de donner par là une publicité plus large aux actes de mutation. D'autre part, nous n'avons pas à nous occuper dans cette étude qui ne concerne que les projets ou propositions de réforme proprement dits, et par conséquent les tra-

vaux officiels qui les ont accompagnés, des ouvrages particuliers dans lesquels se manifestèrent les diverses opinions de la doctrine. Ces ouvrages furent nombreux, et il nous suffit d'en signaler les auteurs : *Antoine*, dès 1812, *Jourdan*, en 1819, dans la « Thémis » ; plus tard, *Decourdemanche*, avec son étude sur « Le danger de prêter sur hypothèque » ; *Casimir Périer* au moyen du concours qu'en 1827 il ouvrit, sur les moyens de donner au régime hypothécaire « une base à la fois plus large et plus solide » ; en 1829, *Gastaldi*, l'auteur des « Recherches sur le droit foncier », *Foelix*, le rédacteur des « Annales de législation », *Mongalvy* avec son « Mémoire sur les moyens de mettre à l'abri les acquéreurs d'immeubles » ; plus tard encore *Troplong*, dans sa très remarquable Introduction ; d'*Hauthuille* et son livre sur la « Revision du régime hypothécaire » ; en 1841, l'année même de l'enquête, *Loreau*, directeur des domaines, par son excellent mémoire sur le « Crédit foncier et les moyens de le fonder », tous affirmèrent et déterminèrent le mouvement des esprits vers une réorganisation de notre législation foncière. De plus, les diverses assemblées du pays se préoccupaient d'un état de choses si préjudiciable à la prospérité publique : en 1836, une pétition fut présentée à ce sujet à la Chambre des députés, et, à son occasion, on réclama le rétablissement du principe de la publicité. « La publicité, disait M. Lavieille dans la séance du 16 avril 1836, est la première condition de tout régime hypethécaire, mais cette publi-

cité n'est-elle pas rendue illusoire et dangereuse par les hypothèques occultes des incapables ? Ne pourrait-on pas l'imposer à tous les droits qui affectent la propriété et qui, la montrant toujours telle qu'elle est, lui rendraient la confiance des capitaux et, par suite, sa valeur et son crédit. » (1) Dupin lui-même intervint pour appuyer la proposition. De leur côté, les conseils généraux émettaient, pour la plupart, chaque année des vœux favorables à la réforme (2).

2. Le Gouvernement se laissa enfin émouvoir par un courant d'opinion aussi nettement indiqué. Le 7 mai 1841, le Ministre de la Justice et des Cultes, M. *Martin du Nord*, adressait une circulaire à MM. le Premier Président et Procureur général de la Cour de cassation, Premiers Présidents et Procureurs généraux des Cours royales, et la communiquait au Ministre de l'Instruction publique pour que celui-ci la transmittît aux doyens des Facultés de droit. Par cette circulaire, le Garde des Sceaux demandait aux magistrats et professeurs de faire connaître les lacunes et les imperfections qu'ils avaient remarquées dans la loi, et d'indiquer en même temps les moyens de les réparer. Il signalait, en outre, un certain nombre de points comme devant attirer particulièrement l'attention : 1° choisir entre le système du Code et

(1) Chambre des Députés, séance du 16 avril 1836. *Moniteur*, p. 769, col. 3.

(2) Voir l'énumération et l'indication des sessions dans les documents relatifs à la réforme hypothécaire. I. Introduction XLV, n° 2

celui de Brumaire, sur le transfert de la propriété ; 2° se prononcer sur le développement à donner à la mobilisation des titres fonciers, et notamment sur les décisions jurisprudentielles en matière d'endossement de ces titres ; 3° se prononcer pour ou contre la publicité des hypothèques légales et 4° des privilèges ; 5° fixer une classification plus certaine des privilèges ; 6° préciser les solutions intervenues en matière de nullité d'inscription ; 7° mettre fin aux difficultés relatives au temps pendant lequel l'inscription conserve l'hypothèque ; 8° examiner enfin, au double point de vue de la simplicité et de l'efficacité plus grandes à leur donner, les règles de procédure prescrites pour la purge des hypothèques, spécialement des hypothèques légales.

Telles ¹sont, en résumé, les questions que la circulaire ministérielle du 7 mai 1841 mettait plus particulièrement en relief ; mais elle ne limitait pas là les travaux de l'enquête. Et de fait, les observations des Cours et Facultés dépassent le plus souvent l'ensemble des questions formulées dans la circulaire.

3. Les documents ainsi fournis par les Cours et Facultés furent rassemblés par M. Martin du Nord, qui, en 1844, les publia sous le titre de *Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui y ont été proposées*. C'est une œuvre considérable dont on ne saurait tirer de conclusion générale bien homogène, étant donnée la diversité des avis qui y sont contenus, mais qui fournit un ensemble précieux

de matériaux, d'idées ingénieuses, d'aperçus heureux, qui fait de ce recueil un merveilleux instrument en vue de toute tentative de réforme. On constate, sans peine, par le simple rapprochement des travaux les plus récents et des documents collationnés dans l'enquête, que beaucoup des observations, et non des moindres, qui sont à la base des projets actuels, avaient été faites et très vigoureusement discutées dès 1841.

L'ouvrage publié par M. Martin du Nord peut se diviser assez bien en trois grandes parties : une Introduction considérable qui donne le plan général des travaux des Cours et Facultés, l'indication résumée des diverses opinions émises par chacun des corps consultés. Une seconde partie, la plus importante, contient le corps même des observations présentées ; enfin, reprenant article par article le texte même du Code, la troisième partie fait suivre chaque article des diverses observations faites à son occasion par chacune des assemblées (1).

Il ne saurait entrer dans nos projets de donner de cet important travail une analyse détaillée, qui excéderait les limites que, dans cette étude, nous sommes forcé d'assigner à cette enquête. Mais par un tra-

(1) L'ouvrage se termine : 1^o par un appendice où sont colligés divers documents fournis par le Ministère des Finances et par la Direction générale de l'Enregistrement et des Domaines, conformément à l'invitation qui leur en avait été faite par la lettre du Garde des Sceaux du 13 novembre 1842, et 2^o par une étude des hypothèques au point de vue international.

vail de synthèse, nous essaierons de dégager les idées maîtresses qui semblent dominer l'opinion des jurisprudents de cette époque, en ne craignant pas de mettre côte à côte des conceptions contradictoires, lorsque nous nous trouverons, sur une matière donnée, en présence d'avis différents.

II

4. Sur le principe même, la grosse majorité des Cours, et les Facultés unanimement, se déclarent convaincues de la nécessité d'opérer des réformes. Seule la Cour de *Toulouse*, tout en reconnaissant les déficiences du Code, croit qu'un changement pourrait entraîner de graves dangers : « Il y a près d'un demi-siècle que le régime hypothécaire est assis sur la double base de la publicité et de la spécialité. En tarissant les sources des vieux abus, ce nouveau système pouvait avoir aussi des inconvénients d'un autre genre. L'esprit de changement réveille presque toujours des tendances réactionnaires ; et, quand elles s'opèrent sous cette influence, les réformes portent une empreinte d'exagération malheureuse qui altère le bienfait des plus sages institutions. » (1)

Dès lors, la pratique suffira à réparer d'elle-même les « quelques imprévoyances de détail » qui peu-

(1) Documents, I, 93.

vent se rencontrer : « Ce n'est pas, d'ailleurs, à la législation hypothécaire, continuait la Cour, qu'il faut demander compte des embarras, des lenteurs dont on se plaint, mais bien aux formalités de procédure imposées aux prêteurs, pour assurer l'efficacité de leur gage et atteindre l'objet final de l'hypothèque, c'est-à-dire le paiement. » (1)

Et la Cour de *Toulouse* conclut « qu'il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à remanier notre Code hypothécaire » et « qu'en indiquant comme utiles certaines innovations, on obéit à un devoir de convenance plutôt qu'on n'émet un désir. »

5. En réalité, la crainte de la Cour de *Toulouse* est partagée par beaucoup d'autres Cours ; mais celles-ci se montrent cependant moins timides. Il semble bien que, de façon générale, les professeurs et magistrats consultés aient redouté davantage des innovations dangereuses que le maintien des inconvénients présents. Sentiment d'une grande sagesse, que certains esprits imprudents pourront taxer de timidité, mais qui, aujourd'hui surtout, semble par trop faire défaut à quelques novateurs hardis. Cette circonspection est la condition même de tout progrès véritable, raisonnable et pratique, et peut préserver bien des fois d'aventures décevantes. Aussi trouvons-nous dans un grand nombre d'observations cette indication, qu'il faut agir avec la plus

(1) Documents, I, 96.

grande prudence et ne pas tenter l'impossible ; et la Cour de *Colmar* semble assez bien résumer l'état d'esprit général sur la question de principe, lorsqu'elle indique qu' « il faut procéder avec une extrême réserve ; améliorer sans doute, car le temps change et la législation doit le suivre, mais ne pas se jeter à l'aventure, dans des innovations trop hardies... ; en cette matière, la France a fait l'expérience du danger de trop radicaliser les améliorations législatives... ; améliorer, ce n'est pas créer, et il faut toujours s'appuyer sur le point de départ afin de marcher plus sûrement. » (1)

De là, chez certaines Cours, le besoin de défendre le régime hypothécaire contre certaines attaques exagérées : et c'est un hommage général, rendu par des hommes compétents et versés dans la pratique, à la grandeur et à la solidité de l'œuvre napoléonienne : « Vous serez immédiatement frappés (en étudiant les détails de cette œuvre) de l'harmonie qui règne dans leur ensemble, de l'ordre qui a présidé à leurs classifications : vous admirerez la clarté et la précision des dispositions, et pénétrés d'un respect profond pour ces intelligences si élevées dont les savantes discussions préparèrent le régime hypothécaire du Code civil, vous vous empresserez de reconnaître qu'il doit rester pour la France une œuvre immortelle, comme la mémoire du grand homme

(1) Doc., I, p. 24.

qui lui imprima le cachet de son génie, et que ce n'est qu'avec une timidité pleine de réserves qu'il faut essayer d'y introduire des améliorations dont l'expérience aura démontré la nécessité. » (1) Et la Cour de *Bordeaux* souligne « tout ce qu'a d'exagéré le reproche adressé à notre système hypothécaire de comprimer l'essor du crédit foncier » (2). Mêmes éloges du Code et mêmes craintes de nouveautés dans le rapport de la Cour de *Pau* (3). Et les considérations générales de la Cour de *Limoges* ne sont qu'une réfutation des objections que l'on prétendait tirer contre le Code d'une dépréciation de la terre, et d'un manque de crédit chez les propriétaires, deux faits, suivant elle, également inexacts (4).

6. D'autres Cours et Facultés se montrent moins respectueuses du Code ; mais l'idée d'une refonte complète de la législation hypothécaire est extrêmement rare, et, seule peut-être, la Cour de *Bastia* se

(1) Cour de Rouen, *op. cit.*, p. 92.

(2) *Op. cit.*, tome I, p. 23.

(3) *Op. cit.*, I, p. 73-74.

(4) *Op. cit.*, I, p. 40 à 44.

A des degrés divers, les tendances que nous signalons se rencontrent dans de nombreuses autres Cours et dans deux Facultés. Voyez à ce sujet les observations générales des Facultés de Dijon et de Strasbourg (I, p. 100 et suiv.) La Cour de Rennes déplore qu'« il existe une tendance malheureuse à toucher sans cesse à nos lois, comme si la stabilité n'était pas la qualité première en fait de législation » (I, p. 76). La Cour de cassation la première, les Cours d'Agen, d'Angers, celle de Grenoble, aux tendances cependant nettement progressives, la Cour de Paris affirment les mêmes idées, tout en admettant, à la différence de Toulouse, la nécessité de certaines réformes.

montre aussi hardiment novatrice. Peut-être, la situation de la propriété foncière dans son ressort entraîne-t-elle ce pessimisme qui la pousse à demander la réforme complète du régime hypothécaire (1). Derrière elle, d'autres Cours et la majorité des Facultés, sans vouloir de transformations aussi radicales, non seulement acceptent le principe de la réforme, mais encore la souhaitent profonde et détaillée (2).

III

7. Si maintenant, nous jetons un coup d'œil sur les tendances générales qui se dégagent des documents fournis à l'enquête, nous pouvons y distinguer quelques idées maîtresses qu'il sera intéressant d'indiquer tout d'abord.

Obéissant à une crainte légitime, certaines Cours et au premier rang la *Cour de cassation* et la Cour de *Paris* émettaient le vœu que la réforme projetée ne fût point orientée dans un sens tel qu'elle aboutît, en donnant une facilité de circulation trop grande aux immeubles, à diminuer la stabilité des fortunes terriennes. La Cour de *cassation* désirerait que, en se préoccupant « de l'avantage de soutenir le crédit

(1) *Op. cit.*, tome I, p. 14.

(2) Voyez Cour de Nîmes (I, p. 64), d'Orléans (p. 80), de Nancy (p. 54), d'Aix (p. 5); et les Facultés de Caen (p. 99), de Grenoble (p. 101), de Paris (p. 102), de Poitiers (p. 110) et de Rennes (p. 111).

foncier et de donner aux acquéreurs et aux prêteurs capitalistes de plus complètes garanties, on prenne en considération non moins sérieuse l'impérieuse nécessité de conserver les patrimoines » (1). Et la Cour de *Paris* est encore plus explicite, et déclare qu'entre la pensée de faciliter les transactions et les placements hypothécaires, et celle de maintenir les garanties de sécurité et de stabilité de la propriété foncière, elle n'a pas hésité et que c'est cette dernière préoccupation qui domine chez elle (2).

8. La Cour de *Montpellier* ouvre à cet égard un avis intéressant et opposé aux opinions précédentes. Elle semble s'écarter un peu des tendances conservatrices que nous avons signalées, lorsqu'elle demande plus de facilités pour celui qui veut convertir son immeuble en capital disponible ; mais elle proteste bien qu'elle ne veut pas donner à la propriété foncière « une mobilité incompatible avec sa nature même », et elle demande que la réforme tende seulement à faire tomber tous les obstacles aux prêts hypothécaires. Autre point de vue intéressant : elle désire, en second lieu, « rendre la propriété foncière de plus en plus accessible aux petites fortunes, naturellement timides et peu aventureuses, et par la participation du plus grand nombre à la propriété du sol, généraliser l'esprit d'ordre et de conservation et

1 *Op. cit.*, tome I, p. 2.

(2) *Op. cit.*, tome I, p. 71 à 73 passim.

élargir la base la plus vraie et la plus solide de l'égalité civile et politique » (1).

9. De façon générale, à des degrés divers, la préoccupation qu'on retrouve au fond de toutes ces observations générales est d'assurer une plus grande publicité à l'état de la propriété foncière. Depuis les avis les moins novateurs, comme ceux de la Faculté de *Strasbourg*, jusqu'aux plus hardis, comme ceux de la Cour de *Nancy* ou de la Faculté de *Caen*, l'idée de publicité apparaît, pour ainsi dire, indiscutée. C'est par l'unanimité des magistrats de la Cour de *Nîmes* que le principe de la publicité a été réclamé (2). La Cour de *Grenoble* fait dans cet ordre d'idées une proposition intéressante aux conséquences fécondes. Elle demande de « réunir dans chaque canton ou dans chaque bureau d'enregistrement, les documents du cadastre, de la contribution foncière, de l'enregistrement et de la conservation actuelle des hypothèques, et de faire concourir tous ces documents pour établir la situation de chaque propriétaire, relativement à son crédit immobilier. On trouverait aussi dans le même dépôt des renseignements sur l'âge, l'état et la capacité des personnes » (3). La Faculté de *Paris*, dont il est tout particulièrement intéressant de consulter les avis, étant donnée la très haute compétence du jurisconsulte qui rédigea le

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 48.

(2) *Op. cit.*, I, p. 64.

(3) *Op. cit.*, I, p. 39.

rapport (1), demande de « faire entrer la publicité dans les conditions des événements qui confèrent ou enlèvent le droit de propriété, de manière à rendre aussi promptes que faciles la connaissance et la justification de ces événements » (2) ; proposition grave et dont nous aurons à voir en détail l'application qui a été faite. Et ce même rapport analyse très justement les éléments divers qui interviennent dans une mutation : fait physique (paroles ou écrits, le plus souvent), sens de ces paroles et de ces écrits, identité des individus dont la volonté doit intervenir, capacité des mêmes individus. De cette identité et de cette capacité, la Faculté de *Paris* confierait l'examen aux notaires (3), décision qui sera reprise de nos jours.

Il serait superflu de donner en détail les opinions des diverses Cours et Facultés sur cette question de la publicité, puisque aussi bien nous avons déjà dit qu'à la presque unanimité, le principe de la publicité était reconnu comme devant nécessairement dominer notre législation hypothécaire.

10. Mais à côté de cette exigence générale, certaines Cours : *Grenoble*, *Lyon*, émettent la crainte que la nécessité d'une publicité absolue porte atteinte aux droits des incapables : « Il faut se garder d'amoindrir les sûretés destinées à protéger certaines

(1) M. Valette.

(2) *Op. cit.*, I, p. 103.

(3) *Op. cit.*, I, p. 109.

classes de personnes qui ne peuvent, à raison de leur imprévoyance et de leur faiblesse, surveiller elles-mêmes leurs intérêts. » (1) « Il ne faudrait pas, déclare à son tour la Cour de *Grenoble*, en vue d'un développement chimérique du crédit foncier, compromettre les droits dotaux des femmes et les créances des mineurs en établissant un régime absolu de publicité. » (2) Préoccupations intéressantes, que nous retrouverons avec toute l'ampleur qu'elles comportent, dans la matière des hypothèques légales. Par contre, la Cour de *Nîmes* semble avoir des tendances opposées (3).

11. Le principe de la spécialité semble avoir moins préoccupé les jurisconsultes que celui de la publicité, ou, pour mieux dire, il a été beaucoup plus contesté ; nous verrons, en poussant plus avant l'analyse, que certaines assemblées l'ont nettement combattu (4). Dans les divers préambules qui précèdent les rapports que nous étudions, et où se rencontrent des indications générales précieuses pour dégager l'esprit dans lequel chacun est conçu, il est rarement fait mention de la spécialité. La Cour de Nîmes est celle qui s'en occupe le plus abondamment, et elle en fait une longue critique que nous reproduirons

(1) Cour de Lyon, *op. cit.*, I, p. 46.

(2) *Op. cit.*, I, p. 39.

(3) *Op. cit.*, I, p. 80.

(4) Faculté de droit de Dijon, Observations sur l'art. 2129 *op. cit.*, III, p. 324 à 329.

avec plus de détails en abordant la question de la spécialité. Elle n'en conclut pas moins au maintien du principe (1).

12. Nous ne saurions laisser là ces aperçus généraux sur les tendances de l'enquête, sans signaler un vœu particulièrement frappant en ce qu'il devance l'avenir, et en ce qu'il reste isolé. La Cour de *Nancy*, qui commence son rapport par une excellente dissertation générale, après avoir insisté sur la nécessité de réduire les frais entraînés par les actes relatifs à la propriété foncière, préconise l'amortissement des dettes hypothécaires par des remboursements à long terme, et considère comme le seul moyen d'atteindre ce résultat, la création d'un agent intermédiaire entre le capitaliste et le propriétaire : « Il existe entre le capitaliste qui veut placer ses fonds, et le propriétaire foncier qui a besoin de recourir aux emprunts, un conflit d'intérêts qu'il faudrait pouvoir concilier ; les inconvénients qui en résultent sont incontestables. La Cour accueille la pensée d'un agent intermédiaire chargé de procurer aux capitalistes des placements de fonds dans les conditions ordinaires des prêts commerciaux, et, en même temps, d'offrir aux propriétaires fonciers des emprunts hypothécaires avec un long crédit et la facilité d'un amortissement annuel. » (2) C'est la

(1) *Op. cit.*, I, p. 65 et suiv.

(2) *Op. cit.*, tome I, p. 60-61.

conception même à laquelle le Gouvernement du Prince-Président donnera satisfaction par le décret de 1852 ; c'est l'idée même de la Société du Crédit Foncier, idée féconde, qu'il faut louer les magistrats de *Nancy* d'avoir été pour ainsi dire les seuls à avoir indiquée.

IV

13. La question de la publicité des mutations immobilières devait être une des premières préoccupations de l'opinion publique ; c'était là incontestablement que se manifestait le défaut le plus grave du Code : on était alors, en effet, sous le régime de la clandestinité à peu près absolue, puisque le Code lui-même n'exigeait en aucune façon une formalité quelconque de publicité. L'article 834 du Code de procédure, la loi fiscale du 28 avril 1816 avaient bien tenté de donner à la transcription une utilité, l'une en décidant que quinze jours après la transcription de son titre, l'acquéreur d'un immeuble n'avait plus rien à craindre d'inscriptions à venir sur cet immeuble (article 834), et l'autre, en enlevant au public toute raison fiscale d'éviter la transcription pour se soustraire au paiement de la taxe de 1 fr. 50 % qui l'accompagnait, en rendant le paiement de cette taxe exigible de plein droit lors de l'enregistrement du contrat de transfert, indépendamment de la

réquisition effective de la transcription au bureau des hypothèques.

14. Mais l'insuffisance de ces dispositions ressort de façon évidente des renseignements fournis par le Ministre des Finances sur le nombre de transcriptions opérées l'année même de l'enquête, en 1841. Il avait été transcrit 231.777 ventes, représentant un prix total de 865.978.498 francs (1). Or, un second document donnait pour la même année un nombre réel de ventes de 1.059.441 et un prix total de 1.382.418.490 francs (2), ce qui établissait une proportion de 21,87 ventes inscrites pour 100 ventes effectuées (3). Les ventes d'immeubles de peu de valeur échappaient presque complètement à toute publicité.

15. On ne saurait s'étonner que, de tous côtés, les avis se soient montrés favorables à l'organisation de la publicité des transferts immobiliers. On s'étonne, au contraire, qu'il se soit rencontré des opinions opposées, tellement cette nécessité nous apparaît comme impérieuse. Cependant, certaines Cours s'y sont montrées hostiles.

Il est facile de distinguer trois courants d'opinions

(1) Documents... etc., tome III. p. 528.

(2) *Op. cit.*, III, p. 524.

(3) Les proportions des diverses ventes s'établissaient ainsi :
Ventes d'une valeur de 600 fr. et au-dessous : 12,25 pour 100.
— — de 600 à 1.200 francs : 29,72 —
— — supérieure à 1.200 francs : 49,78 —

d'importance d'ailleurs fort inégale : l'un, qui est de beaucoup le plus considérable, a pour lui toutes les Facultés et vingt-deux Cours royales : il tend à faire proclamer la nécessité de la publicité des actes de transfert.

16. Mais dérivée de ce courant, une opinion secondaire se fait jour, et tandis que la grosse majorité n'entend exiger la publicité qu'au regard des tiers, la Faculté de *Grenoble* et, en partie, la Faculté de *Rennes*, veulent que cette formalité soit nécessaire pour déterminer le transfert entre les parties elles-mêmes. La Faculté de *Grenoble* demande que « l'on fasse disparaître tout à fait de notre législation la transmission de la propriété, au moins pour les immeubles, résultant du seul consentement... Il ne faut pas distinguer entre l'acquéreur et les tiers... Il n'y aurait jamais pour la transmission effective de la propriété qu'un point à considérer : la transcription ; avant, la propriété ne serait point transmise : après, elle le serait. » (1)

17. A l'opposé de cette conception extrême, se trouve la troisième tendance que nous avons signalée, et qui s'en tient au maintien pur et simple de l'article 711 et fait du seul consentement l'élément suffisant et nécessaire du transfert de la propriété.

(1) *Op. cit.*, tome I, p. 431. Voyez également ce que dit la Faculté de *Rennes*, p. 464 et suivantes. Rapprocher ces déclarations de la formule de la Faculté de *Paris* que nous avons citée plus haut : cf. *suprà* p. 100, n° 9.

Mais ici encore, nous pouvons considérer les avis en ce sens comme des exceptions dans l'ensemble de l'enquête : aucune Faculté ne s'y est rangée, et trois Cours seulement l'ont adoptée. La Cour de *Toulouse* que nous avons vue, tout à l'heure, opposée à tout changement, après avoir très sagement exposé les avantages de la publicité, déclare que ces considérations ne lui ont pas paru suffisantes (1). La Cour de *Bordeaux* se range absolument à cet avis, entre dans une discussion très détaillée de la question, et conclut en affirmant l'incompatibilité de l'article 711 avec la réapparition de la transcription dans notre droit : « Il ne faut pas espérer concilier le principe philosophique de l'article 711 avec la transcription ; ou il faut revenir au système de la tradition, comme élément de la vente, ou il faut maintenir dans son intégrité l'idée si progressive qui a marqué notre Code civil de son empreinte. » (2) Enfin la Cour de *Besançon* qui se livre sur la question à une longue dissertation historique, mais dont le rapport est manifestement rédigé par un partisan de la transcription, déclare qu'il y a partage d'opinions entre ses membres sur le point de savoir si on doit ou non la rétablir (3).

Ces opinions isolées mises à part, l'énorme majorité des avis réunis dans l'enquête aboutit sur cette première question à une solution de principe unique,

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 403.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 206.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 156 et suivantes.

et la Cour de *Montpellier* résume bien l'état d'esprit dominant en proclamant au début de son étude : « Il n'y a plus aujourd'hui de controverse sérieuse sur la nécessité du retour à la disposition de la loi de brumaire an VII. »

Mais dans la mise en pratique de ce principe, la diversité des opinions est infinie. Nous écarterons de propos délibéré bien des détails pour nous en tenir aux observations essentielles.

18. Il n'y avait pas, semble-t-il, au moment de l'enquête, une tendance aussi nette que celle qui existe de nos jours, à opposer le système de la publicité réelle à celui de la publicité personnelle. La presque unanimité des Cours et Facultés reste fidèle à la publicité par noms de propriétaires. Il convient donc de rendre hommage aux esprits qui, dès cette date, avaient vu les avantages de la publicité réelle, et avant tout autre à la Faculté de *Caen* qui est la seule à conclure à la « réalisation » de la publicité en appliquant le cadastre et le système parcellaire au régime des hypothèques, de manière que les inscriptions fussent « prises et les certificats délivrés, non sur les personnes, mais sur l'immeuble » (1).

Si, parmi les Facultés, celle de *Caen* est la seule à avoir émis formellement le principe de cette transformation, parmi les Cours, c'est à la Cour de *Montpellier* que revient l'honneur de signaler, à peu près

(1, *Op. cit.*, t. I, p. 409-410.

seule, l'importance capitale de cette réforme et de donner en ce sens la formule la meilleure : « Il faut que ce soit par l'immeuble que l'on arrive à la connaissance du propriétaire. » La Faculté de *Paris* et la Cour de *Riom* semblent bien aussi avoir entrevu cette réforme, mais de façon imprécise et pour nous assez négligeable.

L'ensemble des Cours et Facultés reste donc fidèle au principe de la publicité personnelle (1). Bien plus, à propos des formalités de l'inscription, la *Cour de cassation* reprend la question posée par la Faculté de *Caen* et fait vigoureusement la critique de la publicité réelle (2).

19. Parmi les Cours et Facultés qui partagent cette opinion, la grosse question qui les divise est celle de savoir comment se fera aux registres du conservateur la mention des actes qu'il convient de porter à la connaissance des tiers. Y a-t-il lieu à la transcription complète de l'acte, ou se contentera-t-on, comme le Code pour les hypothèques, d'une simple inscription contenant les clauses essentielles. Seules, les Cours de *Colmar* et de *Riom*, et les Facultés de *Grenoble* et de *Paris*, se prononcent dans tous les cas en faveur d'une simple inscription. Beaucoup plus nombreuses sont les Cours et les Facultés qui exigent la transcription totale pour tous les actes rela-

(1) V. notamment Faculté de *Strasbourg*, *op. cit.*, t. I, p. 474.

(2) Voyez *op. cit.*, tome II, p. 475.

tifs à la constitution du droit de propriété. Enfin, quelques autres Cours, auxquelles il faut rattacher la Faculté de *Dijon* adoptent le même principe en y rattachant des restrictions diverses (1).

D'autres Cours réserveraient aux actes sous seing privé, plus sujets à contestations que les actes notariés, la nécessité d'une transcription littérale (2).

20. Si de la question des formes de la publicité, nous passons à celle des actes et des droits à inscrire, nous nous trouvons en présence d'une infinie diversité d'opinions, bien explicable en pareille matière, mais qui rend l'analyse des observations présentées particulièrement difficile.

Le but de toute bonne organisation de la publicité doit être nécessairement de porter à la connaissance du public le plus de renseignements possible, et la perfection serait d'obtenir qu'aucun des éléments qui constituent le droit de propriété ou qui, éventuellement, pourraient venir le modifier, ne demeure inconnu. Il faut examiner, dès lors, les documents de l'enquête en prenant ce principe même comme point de départ et classer les opinions diverses qui se sont fait jour suivant qu'elles donnent un champ d'application plus ou moins large à la publicité. Tout naturellement, nous sommes amené à examiner la question à un double point de vue : quant aux

(1) Voyez par exemple Cour de *Colmar*, tome I, p. 211 : « Que faut-il au capitaliste, etc... ? »

(2) Voyez Cours de *Lyon* et de *Metz*, *l. c.*

faits d'une part, quant aux droits d'autre part, qu'il convient de porter à la connaissance des tiers.

Aucune difficulté ne semble s'être élevée sur les mutations entre vifs résultant de la convention des parties. Tous les rapports favorables au principe de la publicité demandent que ce principe soit appliqué à cette catégorie d'actes. Par contre, des réserves ont été faites sur les mutations entre vifs qui auraient une base autre que la convention : c'est ainsi que la Faculté de *Strasbourg*, et avec elle les Cours d'*Angers*, de *Dijon*, de *Grenoble* et de *Montpellier*, se refusent à vouloir soumettre à la publicité les jugements d'adjudication sur expropriation forcée : « Toutes les ventes judiciaires, observe la Cour de *Montpellier*, sont soumises à des conditions de publicité qui doivent les faire considérer comme notoires par les intéressés. » (1) La Faculté de *Strasbourg* juge cette transcription inutile puisque aussi bien le saisi est incapable d'aliéner ; mais elle tendrait à assurer par ailleurs cette publicité (2).

La même Faculté de *Strasbourg*, faisant allusion à un certain nombre d'opérations relatives à la propriété foncière, fait une distinction intéressante à signaler. Si ces actes (jugements ou sentences arbitrales, transactions, actes de désistement ou de renonciation) sont intervenus en vertu de titres déjà transcrits ou dispensés de transcription, ils pourront être

(1) *Op. cit.*, tome I, p. 265 et suiv.

2° *L. cit.*, p. 487.

opposés aux tiers sans avoir été préalablement transcrits. Mais s'ils sont intervenus sur des titres sujets à transcription et non encore transcrits, ou sur des conventions purement verbales, ils ne seront opposables que du jour de la transcription (1). Il s'agit là d'actes plutôt déclaratifs que constitutifs de droits réels ; mais ce n'est pas à ce point de vue que la Faculté de *Strasbourg* envisage la question. Le principe de publicité est d'ailleurs maintenu intégralement en ce qui concerne les décisions judiciaires tranchant une question de propriété : c'est une solution qu'adoptent la plupart des Cours et Facultés et, seule ou à peu près, la Cour de *Douai* fait une exception pour cette catégorie d'actes de mutation : « Ce ne sont pas, en effet, des actes translatifs de propriété... ; d'ailleurs, assujettir ces décisions à la transcription, ce serait ne leur reconnaître d'autre effet qu'une obligation purement personnelle mise à la charge de la partie condamnée. » (2)

21. La Faculté de *Grenoble* ouvre un avis des plus intéressants sur les actes à transcrire, en demandant qu'on y comprenne les causes de résolution ; tandis que les Facultés de *Dijon* et de *Strasbourg* s'opposent à ce qu'on transcrive les clauses résolutoires lorsqu'elles sont insérées dans l'acte, jugeant que le moyen de publicité est suffisant, la Faculté de *Greno-*

(1) *L. cit.*, p. 488-489.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 236.

ble désirerait que celui qui a, en sa faveur, une cause de résolution expresse ou tacite, dont il veut réclamer les effets, soit tenu de prendre dans le mois du contrat une inscription indiquant ce fait spécial. Obéissant, sur un point particulier, aux mêmes tendances, la Faculté de *Strasbourg*, devançant ici la loi de 1855, propose de décider que le vendeur ne pourra exercer son action en résolution contre un tiers acquéreur qu'autant qu'il aura conservé son privilège.

22. Les réserves se font plus nombreuses lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de la publicité, aux actes de partage, d'une part, aux mutations à cause de mort, d'autre part.

La raison principale qui détermine neuf Cours et deux Facultés à dispenser les partages de la transcription (quand, toutefois, elles essaient d'en donner les raisons) se trouve dans la nature même de l'acte en question, le partage étant déclaratif, non attributif de propriété (1). Mais cependant, certaines Assemblées ont cherché à obvier aux inconvénients qui pouvaient résulter des partages ignorés des tiers, et la Faculté de *Poitiers* exige la transcription en faisant une distinction suivant les résultats obtenus par le partage : si les immeubles ont pu être commodément partageables en nature, et si on les a partagés en lots sensiblement égaux, le principe de l'effet dé-

(1) Faculté de *Poitiers*, I, 452.

claratif s'appliquera rigoureusement et il n'y aura pas lieu à transcription. Mais s'il y a eu licitation, ou soultes, ou compensation en argent, l'opération se rapproche de la vente, et le partage devra être transcrit. Distinction assez arbitraire (1).

23. La question de la publicité à donner aux mutations, à cause de mort est envisagée par la plupart des autorités consultées. Les opinions ne sont pas unanimes ; mais nous devons reconnaître que la grosse majorité décide qu'il n'y a pas lieu pour elles à la formalité de la transcription.

Du reste, les avis diffèrent selon qu'il s'agit d'une succession ab intestat, ou d'une mutation par voie testamentaire. Dans l'examen le plus complet possible des diverses opinions émises, nous ne trouvons qu'une Cour et qu'une Faculté pour vouloir appliquer le principe dans le cas d'une hérédité ab intestat. « On inscrira même, décide la Cour de *Riom*, les simples transmissions héréditaires ; car il faut que le système soit complet pour que les tiers ne soient pas exposés à être trompés. » L'inscription aura lieu sur simple certificat signé des héritiers et vérifié par le receveur dépositaire du testament (2). La Faculté de *Paris* qui adopte la même solution, constate la difficulté pratique de la réaliser : « Quel est l'acte ou quels sont les actes qui devront être représentés

(1) *L. cit.*, p. 453 à 455. Voyez également Faculté de *Strasbourg*, p. 439.

(2) *Op. cit.*, t. I, p. 392.

au conservateur par celui qui veut être inscrit comme nouveau propriétaire à titre d'héritier ab intestat ? » Et la Faculté veut qu'on se serve des actes de notoriété, déjà en usage pour permettre à l'héritier de toucher certaines sommes qui lui sont dues (1).

Mais les autres Cours et Facultés repoussent toutes l'application aux droits héréditaires de la formalité de la transcription. C'est la Cour d'*Agen* (2), la Cour d'*Angers* (3), la Cour de *Colmar* (4), la Cour de *Dijon* (qui reconnaît bien que, relativement à la généalogie des propriétés, une pareille publicité aurait son utilité, mais qui estime que « ce seraient des écritures énormes et très dispendieuses pour un résultat peu important (5) ») ; et avec elle la Cour de *Limoges* (6), la Cour de *Metz* (7), qui demandent : « Que transcrire en matière de droits héréditaires ? » ; les Cours de *Nancy* (8), de *Rouen* (9), les Facultés de *Caen* (10) et de *Strasbourg* (11). Il y aurait là, aux yeux de toutes les autorités que nous avons citées un manquement à la maxime : « Le mort saisit le vif ». Le droit de l'héritier est indépendant et anté-

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 442, 443.

(2) *Op. cit.*, p. 124.

(3) *Op. cit.*, p. 148.

(4) *Op. cit.*, p. 208.

(5) *Op. cit.*, I, p. 225.

(6) *Op. cit.*, I, p. 249.

(7) *Op. cit.*, p. 258.

(8) *Op. cit.*, I, p. 345.

(9) *Op. cit.*, I, p. 398.

(10) *Op. cit.*, I, p. 407.

(11) *Op. cit.*, I, p. 478.

rieur à la transcription. Cela est vrai ; mais on peut répondre qu'il en est de même pour le droit de propriété, qui remonte au jour du contrat, est antérieur à la transcription et est indépendant d'elle. Il ne s'agit point ici de l'existence du droit, mais d'empêcher que, faute des renseignements nécessaires, les tiers soient trompés.

Un des principaux arguments que l'on opposait à la transcription des droits héréditaires est sans valeur relativement aux legs : si l'héritier *ab intestat* n'a pas, en effet, de titre à faire transcrire et s'il lui faut recourir aux moyens qu'indique la Faculté de *Paris*, le légataire, lui, a un titre à représenter au conservateur. Et ce titre, c'est le testament lui-même. On pourrait croire, dès lors, que Cours et Facultés sont plus favorables à la transcription du testament. En réalité, les Facultés seules marquent une tendance progressive. Les Facultés de *Caen*, de *Grenoble* et de *Paris*, sont favorables à cette formalité, que la Faculté de *Strasbourg* est seule à repousser. L'héritier ne saurait inscrire, car il n'a rien à inscrire : « Le testament, au contraire, peut et doit être réalisé ; ce n'est plus une *prétention*, mais un *titre*, et ce titre dépouille l'héritier légitime. » (1) Quant aux Cours, trois seulement partagent l'avis des Facultés : la Cour de *Riom*, qui déjà acceptait la publicité des droits héréditaires *ab intestat* (2) ;

(1) Faculté de *Caen*, *op. cit.*, I, p. 407.

(2) *Op. cit.*, I, p. 392.

la Cour de *Pau* qui ne se prononce pas sur les mutations ab intestat (1) ; enfin, la Cour de *Limoges*, qui est la seule à donner un avis opposé dans l'un et l'autre cas (2).

Toutes les autres Cours sont d'opinion contraire. toutes repoussent l'application du principe de la publicité. Les raisons en sont le plus souvent les mêmes que pour les successions ab intestat : ainsi la Cour d'*Agen* : « La mort est un événement qui doit être connu de la personne qui traite avec celui qui se présente soit comme héritier, soit comme légataire » (3), les Cours d'*Amiens* (4), d'*Angers* (5), de *Dijon* (6), de *Douai* (7), de *Grenoble* (8), de *Metz* (9), qui y joint cette observation, d'ailleurs discutable, que « quant aux actes testamentaires, la transcription ne pourrait en être prescrite qu'en lui faisant produire l'effet de consolider les droits des légataires apparents, au préjudice de ceux qu'un acte postérieur, révoquant le premier, aurait investis du titre véritable de légataires, ou au préjudice des héritiers légitimes qui auraient de bons moyens de faire tomber un testament vicieux. » Sans doute ! répondrons-

(1) *Op. cit.*, I, p. 371.

(2) *Op. cit.*, I, p. 250.

(3) *Op. cit.*, I, p. 124.

(4) I, p. 138.

(5) I, p. 148.

(6) I, p. 224.

(7) I, p. 237.

(8) I, p. 244.

(9) I, p. 258.

nous, mais ce qui importe davantage, c'est qu'un tiers ne soit pas exposé à traiter avec une personne sans titre, ou plutôt qu'il puisse savoir s'il peut ou non traiter avec tel individu. Tout aussi discutable est la raison donnée par la Cour de *Montpellier*, qui étudie à fond la question, et qui fait observer que la transcription pourrait favoriser les fraudes de la part du testateur (1). Mais on peut légitimement lui répondre que ce ne sont pas les fraudes du testateur qui sont à craindre, mais bien celles du légataire apparent, et que les actes dangereux sont ceux qui sont postérieurs et non antérieurs au décès. Les Cours de *Nancy*, *Paris*, *Rouen*, se rangent aussi à l'avis des autorités précédentes. Ainsi, sauf exception, le courant général tend apparemment à laisser toute mutation pour cause de mort en dehors du domaine général de la publicité.

24. Si les divergences sont nombreuses en ce qui touche les actes à transcrire, elles deviennent tellement nombreuses lorsqu'il s'agit des droits susceptibles ou non de publicité, qu'il est impossible de classer les diverses opinions en un certain nombre de courants généraux ; nous nous trouvons en présence d'opinions particulières qui ne découlent le plus souvent d'aucun principe supérieur. Seules, des considérations pratiques d'utilité ou de facilité déterminent les avis des Facultés et des Cours. Cependant,

(1) *Op. cit.*, I, p. 279.

sur la question des baux à long terme, ainsi que des servitudes, nous voyons la majorité des avis favorables à la publicité. Par contre, trois Cours (*Pau, Orléans, Rouen*), se prononcent contre toute publicité des baux, faisant valoir cette raison assez spécieuse qu' « il arrive souvent que le propriétaire, mais presque toujours celui qui va être exproprié, s'empresse de donner à bail l'immeuble dont il sait qu'il va être dépouillé et de se faire payer par anticipation... » (ce qui justifierait la transcription), « mais, continue la Cour, comme il est rare que la fraude n'accompagne pas de tels actes, fraude que révèle toujours le paiement anticipé des fermages, il est rare aussi que les créanciers ne parviennent pas à les faire annuler, en sorte qu'en réalité, ils n'en éprouvent aucun préjudice. » (1)

25. A l'égard des servitudes réelles, le nombre des opposants à la publicité n'est pas considérable, puisque seules, six Cours royales et trois Facultés veulent maintenir les servitudes occultes ; mais cette opinion ne va pas sans réserves, de la part de plusieurs assemblées qui feraient exception au principe général de la publicité en faveur des servitudes, dans les cas où, dérivant de la nature des lieux, ou bien, étant apparentes, elles auraient par là même une notoriété suffisante (2).

(1) *Cour d'Orléans, op. cit.*, t. I, p. 363.

(2) Ainsi les Cours de *Dijon* et de *Douai*, les Facultés de *Caen* et de *Dijon*.

26. La loi de Brumaire n'exigeait la transcription que des droits immobiliers susceptibles d'hypothèque : la Faculté de *Strasbourg*, et, avec elle, une ou deux Cours (1), manifestent le désir de voir reprendre cette disposition.

27. Beaucoup d'autres droits sont signalés, soit par une Cour, soit par une autre : ainsi la Cour de *Poitiers* exclut de toute publicité les baux à colonage partiâire, quelle que soit leur durée (2). La Faculté de *Caen* fait de même pour les droits non fondés sur un titre. La Cour de *Pau*, pour les contrats d'antichrèse, d'usage et d'habitation (3).

28. Beaucoup plus intéressant est l'avis donné par deux Cours royales sur un point qui, à juste titre, doit préoccuper en matière de constitution de droit de propriété : « Faut-il publier les indications relatives à l'état civil des personnes ? »

La Cour de *Riom* rappelle les formules officielles du royaume lombardo-vénitien, relativement à l'indication des parties : « *nomme, cognome, paternito, soprano, professione et domicilio* » et insiste sur celle des indications qui fait connaître la « *pater-nita* », les père et mère des parties ; précaution utile et bien propre à prévenir les incertitudes qui peuvent résulter de certaines similitudes de noms et de

(1) La Cour de cassation notamment.

(2) *Op. cit.*, I, p. 380.

(3) *Op. cit.*, I, p. 371.

prénoms dans une même région ou dans un même village (1). Et très sagement, la même Cour y ajoute une autre exigence : « Le besoin de sécurité nous fait demander aussi, bien que ce soit moins essentiel, l'inscription des actes qui modifient la capacité des propriétaires et les mettent hors d'état d'aliéner, comme les jugements d'interdiction, les déclarations de faillite, la soumission au régime dotal, etc. »

29. C'est à la même préoccupation qu'obéit la Cour de *Dijon* lorsqu'elle demande que l'on fasse connaître les incapacités qui existent dans la personne de celui qui stipule : et trouvant insuffisantes les mesures prises par la législation actuelle pour faire connaître aux tiers l'existence de ces incapacités (publicité et affichage dans l'auditoire du Tribunal ou dans les études de notaire), elle déclare qu'« il faut trouver un mode de faire connaître une incapacité générale par une inscription générale à un domicile permanent que les tiers puissent facilement connaître » (2). Quant à la minorité, la même Cour estime qu'il serait assez facile aux tiers d'exiger la représentation de l'acte de naissance, de manière à rendre inutile à ce sujet toute innovation en fait de publicité. La déclaration du contrat de mariage est aussi envisagée par certaines assemblées (3).

(1) Tome I, p. 390-391.

(2) *Op. cit.*, I, p. 227. La question du domicile est traitée avec détails par la Cour de *Dijon* à propos des hypothèques légales.

(3) Ainsi Cour de *Limoges*, I, p. 251 ; Cour de *Paris*, I, p. 364 ; Faculté de *Caen*, II, p. 385.

30. Cette publicité, dont les avis que nous venons d'analyser restreignent ou étendent le champ d'application, par qui sera-t-elle assurée ? Ici, les réponses des corps judiciaires ou universitaires sont autrement homogènes que sur les questions précédentes.

Si nous mettons à part deux ou trois opinions divergentes, nous constatons que l'ensemble des avis recueillis laisse aux parties intéressées le soin de requérir cette formalité de publicité nécessaire ; et c'est là la solution la plus logique, quand les parties sont pleinement capables, selon le droit commun. Dix-huit Cours, dont la *Cour de cassation*, et cinq Facultés se rangent à cet avis.

31. Il y a cependant, avons-nous dit, quelques divergences. Trois Cours royales, unissant étroitement la formalité de l'enregistrement à celle de la transcription, font une obligation au receveur de l'enregistrement d'expédier immédiatement les actes à transcrire au conservateur des hypothèques, qui les lui renverrait après transcription. La Cour de *Bastia* dont nous avons déjà signalé la tendance à faire de l'enregistrement un moyen de publicité et qui prétend même que ce serait là rendre à cette institution sa destination primitive d'après la loi de 1791 (1), est évidemment de cet avis : elle se rencontre en cela avec les Cours de *Nîmes* et de *Riom*. Ces trois Cours font la remarque, que la loi du 28 avril 1816 avait

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 154.

décidé que chaque fois que l'on présenterait à un receveur de l'enregistrement un acte susceptible d'être soumis à la formalité de la transcription, il percevrait à la fois et les droits d'enregistrement et ceux de la transcription (1).

Il n'y aurait dès lors rien de plus naturel que d'obliger le fisc, qui perçoit le droit, à s'occuper en même temps de la formalité de la transcription : on éviterait ainsi aux parties des courses et des frais inutiles (2).

32. D'autre part, deux Facultés imposent l'obligation de s'occuper de la publicité, non plus aux receveurs de l'enregistrement, mais aux notaires : il convient toutefois de faire remarquer que cette obligation est évidemment limitée à certains actes. Les notaires ne sauraient avoir à faire transcrire d'autres actes que ceux qui émanent d'eux ; c'est ce qu'indique la Faculté de *Poitiers* (3) ; et la Faculté de *Strasbourg* restreint dans des limites encore plus étroites l'obligation incombant à ces officiers ministériels, en ne les forçant à faire transcrire que le contrat de mariage des époux qui adoptent le régime dotal (4).

33. Ces deux catégories de divergences sont les seules à signaler ; toutes les autres opinions tendent

(1) L. 28 avril 1816, art. 52 et 56.

(2) En ce sens, Cours de *Bastia*, de *Nîmes*, de *Riom*, pages 153-154-353-386 et suiv.

(3) *Op. cit.*, I, p. 451.

(4) *Op. cit.*, I, p. 498.

unanimement à laisser aux parties intéressées le soin de prendre les mesures de publicité nécessaires.

Mais il convient de faire à la Faculté de *Caen* une place à part : on sait que cette Faculté avait émis l'idée féconde, relativement à la forme de la publicité, d'une organisation de cette publicité, non plus personnelle, mais réelle. De là, une légère différence quant à la manière dont devait s'opérer, au sens de la Faculté, l'accomplissement de la formalité constitutive de la publication, de la « réalisation » pour mieux dire, et pour employer l'expression même dont usent les professeurs de *Caen* (1). Toute personne pourra requérir cette réalisation, à la seule condition de représenter une expédition en forme du titre constitutif ou recognitif à réaliser (2).

34. Nous en aurions fini avec cette longue question de la publicité à donner aux actes constitutifs de la propriété foncière, s'il ne nous restait à examiner l'attitude des diverses Cours et Facultés, à l'égard d'une autre question fort importante : celle de savoir quelle force il convient de donner aux renseignements fournis aux tiers par le moyen de la transcription, s'il faut donner à l'acte publié force probante, et plus généralement quels doivent être les effets de la publicité des actes.

Nous avons déjà indiqué les solutions admises au

(1) C'était là d'ailleurs, on doit se le rappeler, l'expression usitée dans les pays de nantissement : voyez Merlin, *vo* Nantissement.

(2) *Op. cit.*, I, p. 404 et suiv.

seul point de vue de l'efficacité de la publicité sur le fait même de la mutation. Fallait-il exiger pour que cette mutation fût parfaite, même entre les parties, que l'acte eût été transcrit, ou bien, conformément à l'esprit général de notre législation, faut-il considérer la convention comme opérant à elle seule la mutation, la publicité n'ayant d'effet qu'à l'égard des tiers ? Nous avons vu qu'une seule Faculté s'était prononcée en majorité dans le premier sens, ne voulant voir d'acte vraiment parfait opérant mutation, que l'acte rendu public ; à la Faculté de *Grenoble*, quelques professeurs de *Rennes* se joignirent, la majorité de cette Faculté restant du reste attachée à l'opinion traditionnelle. En dehors de ces deux avis, restés isolés, l'unanimité des magistrats n'attachent d'autre effet à la publicité que l'opposabilité aux tiers (1).

35. Même unanimité en matière de force probante, mais avec toutefois une exception qu'il faut retenir, et que représente la Cour de *Bastia*, dont nous constatons encore une fois les tendances novatrices. Tous les autres avis ne veulent voir dans le fait de publicité qu'un accessoire dont le sort est subordonné au sort de l'acte principal. La *Cour de cassation* (pour nous contenter de cette seule citation) formule très nettement le principe auquel se sont rangés tous les

(1) En ce sens la Cour de cassation (I, 116) affirme formellement le principe.

autres corps opinants, sauf la Cour de *Bastia* : « En déclarant que l'obligation résulte du consentement des parties, et l'accomplissement du pacte de l'accord ou de l'échange des volontés, en ne subordonnant jamais sa validité à l'emploi de formes extérieures et matérielles dont l'acte peut être revêtu, le Code a sagement évité de confondre la preuve de l'obligation avec l'obligation elle-même. Ce système est à la fois le plus conforme à la raison et le plus favorable à la société. Il a sa base dans la foi réciproque que se doivent des êtres intelligents et doués de moralité. Il a pour effet de déjouer les subterfuges de la ruse et de la méchanceté. » (1)

36. Si maintenant nous signalons deux sortes d'observations intéressantes — l'une émise par la Cour de *Dijon*, qui propose de faire rentrer un certain nombre de personnes qu'elle indique dans la catégorie de ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription ; l'autre par les deux Facultés de *Paris* et de *Rennes* et par la seule Cour de *Montpellier*, qui voient dans la transcription des testaments et des partages, et dans l'inscription prise sur les immeubles à titre d'héritier le moyen de trancher les difficultés relatives aux actes de l'héritier apparent — nous pouvons terminer cette analyse forcément incomplète, mais dont nous avons essayé de dégager toutes les grandes lignes, par l'indication d'un

1 *Op. cit.* t. I, p. 116.

point de vue ingénieux présenté par quatre Cours et une Faculté (Cours d'*Angers*, de *Besançon*, de *Montpellier*, de *Pau* ; Faculté de *Caen*). Il s'agit de donner un délai pour opérer la transcription, et de rendre l'effet de celle-ci rétroactif au jour du contrat, si le délai a été respecté : « Il faut prendre garde qu'en ne déclarant la vente parfaite à l'égard des tiers qu'après transcription, on n'ouvre une voie très fâcheuse à la fraude, sous ce point de vue que de deux acquéreurs successifs, celui-là serait préférable qui, le premier, aurait soumis un titre à la transcription encore qu'il n'eût traité qu'après son concurrent. » (1) Du reste, certaines des Assemblées que nous venons de citer font des réserves : la Cour de *Montpellier* prétend maintenir le droit commun pour un grand nombre d'actes, c'est-à-dire décider, pour ces actes, qu'ils n'auront d'effet, à l'égard des tiers, que du jour de la transcription. Pour cela la Cour distingue « entre les actes pour lesquels la transcription est nécessaire, et ceux où elle n'intervient que comme point de départ d'une déchéance ou comme complément de l'exercice du droit à l'égard des tiers. » Pour les premiers, pas de délai conformément à la loi de Brumaire (2) et à l'article 939 : la date de la transcription sera celle de l'opposabilité aux tiers. Il s'agit dans cette catégorie des actes translatifs ou attributifs de droits réels. Quant aux actes de la deuxième

(1) Cour d'*Angers*, I. p. 146.

(2) Art. 26.

catégorie que la Cour range sous diverses rubriques (droits héréditaires, partages, actes résolutifs), elle accorde un délai à certains avec rétroactivité au jour de l'acte ; elle le refuse à d'autres (1).

Telles sont les idées diverses que sur cette grave question de la publicité, et de la constitution même du droit de propriété, l'enquête de 1841 a soulevées, discutées et analysées. On voit déjà par là à quel point cette enquête était féconde, et quel merveilleux travail de critique on peut en dégager.

V

37. Nous pouvons et nous devons maintenant, fidèles au plan tracé, nous occuper des documents de l'enquête, relativement aux privilèges immobiliers. Nous devons, en effet, en fait de privilèges, nous en tenir exclusivement à ces derniers.

La question du concours entre les privilèges immobiliers a été une des principales préoccupations : et nous ne pouvons que nous en étonner. Car ainsi que l'avaient fait remarquer très justement bon nombre de Cours et deux Facultés, il ne saurait y avoir de concours entre ces privilèges, chacun d'eux s'exerçant à part, et souvent sur des parties d'immeuble distinctes. C'est ce qu'observent les Cours de *Bas-*

(1) Voir les détails, Cour de Montpellier, I, p. 331 à 335.

lia (1), de *Dijon* (2), de *Grenoble* (3), de *Lyon* (4), de *Rennes* (5), et les Facultés de *Grenoble* (6) et de *Strasbourg* (7). « L'ordre des privilèges sur les immeubles, dit très bien la Cour de *Grenoble*, ne paraît pas souffrir difficulté. L'architecte prélève la plus-value qu'il a donnée au gage. Il en est de même du tiers détenteur qui doit, de plus, être remboursé intégralement du prix des grosses réparations sans lesquelles le gage aurait péri. Quant au vendeur et au copartageant, leur privilège est de même nature, et lorsqu'ils se présentent pour être payés sur le même immeuble, la préférence est réglée comme dans le cas de ventes successives. »

La Cour de *Montpellier* avec celle de *Riom* (8) et celle de *Rennes* (9), estiment, au contraire, insuffisantes sur ce point les données de la législation présente et demandent une refonte du classement des privilèges immobiliers, soit entre eux, soit dans leur concours avec des privilèges généraux : « En cas d'insuffisance du prix, déclare la Cour de *Montpellier*, le concours (entre privilèges immobiliers), doit être expressément réglé. » Et la Cour propose une

1) *Op. cit.*, I, II, p. 21 à 25.

(2) *L. c.*, p. 40.

(3) *L. c.*, p. 55.

(4) *L. c.*, p. 61.

(5) *L. c.*, p. 97.

(6) *L. c.*, p. 119.

(7) *L. c.*, p. 124.

(8) *Op. cit.*, II, p. 94.

(9) II, p. 123.

ventilation, ce qui est un moyen normal d'aboutir, puisque la loi actuelle en décide ainsi, et qu'elle est rendue particulièrement facile à appliquer au moyen des deux procès-verbaux du privilège de l'architecte.

38. Beaucoup plus importante est l'opinion de la Faculté de *Dijon* sur la classification à adopter entre les privilèges spéciaux immobiliers et les privilèges généraux. Lorsqu'à défaut de mobilier suffisant, les créanciers à privilège général se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble, auquel prétendent par ailleurs des créanciers à privilège spécial, quels créanciers seront préférés aux autres ? Nous avons indiqué, dans le chapitre premier, les raisons qui militent en faveur de la préférence à accorder aux privilèges spéciaux et c'est ce même point de vue qu'adopte la Faculté de *Dijon* en décidant qu'il ne saurait y avoir de charges sur l'immeuble qui sert de gage, à l'encontre de ceux auxquels avant tous autres ce gage doit être affecté ; et la Faculté conclut dès lors (1) à une intervention dans l'ordre des paragraphes de l'article 2105, faisant ainsi passer les créances de l'article 2103 avant celles de l'article 2101. Et, détail à noter, parce que c'est là, à notre avis, une erreur de la Faculté de *Dijon* : celle-ci ne fait aucune distinction entre les frais de justice et les autres créances de l'article 2101. La nature de

(1) *Op. cit.*, II, p. 116-117.

la première de ces créances semble cependant devoir la faire passer avant toutes autres (1), et cette solution est admise par les projets les plus récents.

Sur cette même question la Cour de *Dijon* donne une règle assez étrange qui tendrait à attribuer une quotité proportionnelle aux créanciers en conflit sur l'immeuble (2). La Cour de *Pau* semble se ranger à l'opinion de celle de *Dijon*, dans le sens d'une préférence à accorder aux privilèges spéciaux sur les privilèges généraux (3). Au contraire, les Cours de *Lyon* (4), de *Metz* (5), de *Douai* (6), de *Montpellier* (7), de *Toulouse* (8), penchent pour le maintien pur et simple de l'article 2105.

39. Dans un autre ordre d'idées, la Faculté de *Rennes* met à part la préférence due au vendeur d'objets immobilisés par destination ou incorporation, ainsi qu'aux architectes, entrepreneurs ou ouvriers, en un mot, et plus généralement le privilège de tout individu qui a fourni les matériaux et la main-d'œuvre : et elle décide qu'on est là dans le cas des impenses utiles ou d'amélioration, que l'on rentre par conséquent dans le droit commun de ces impenses

(1) En ce sens, Cour d'*Aix*, II, p. 4.

(2) *L. c.*, p. 40-41.

(3) *Op. cit.*, II, p. 83.

(4) *L. c.*, p. 61.

(5) *L. c.*, p. 67.

(6) *Op. cit.*, II, p. 42.

(7) *L. cit.*, p. 68.

(8) *L. cit.*, p. 102.

et qu'il n'y a là qu'un seul et même privilège, devant venir en rang unique (1).

40. La Cour de *Montpellier* étend le privilège du vendeur à deux cas analogues auxquels on s'étonne que ce privilège ne s'applique pas encore : il s'agit du donateur et de l'échangiste. Nous avons donné les raisons de la réforme, qui nous paraît entièrement justifiée (2).

Enfin la Cour de *Riom* fait de très justes observations qu'il convient de signaler, sur l'effet rétroactif à donner aux privilèges. Elle estime que le long effet rétroactif que leur reconnaît le Code est ruineux pour le crédit. Pour cette Cour, il n'y aurait de privilège opposable que le privilège inscrit, et il ne serait opposable que du jour de l'inscription. Il conserverait toutefois son caractère de privilège, en ce qu'il aurait toujours la priorité sur les droits acquis le même jour (3). C'est une solution à laquelle se rallient les projets récents.

(1) *Op. cit.*, II, p. 123.

(2) Voyez Documents, tome III, observations sous l'art. 2103, p. 80-81.

(3) Documents, II, p. 98.

VI

41. Si, des privilèges, nous passons aux hypothèques, nous constatons que sur l'organisation des hypothèques conventionnelles envisagées en elles-mêmes, les observations sont assez insignifiantes. Il faut aller aux observations de détail qui, dans le tome III de l'ouvrage de Martin du Nord, se trouvent au-dessous de chaque article, pour voir aborder le sujet par les Cours et Facultés.

Rien du reste de plus naturel : les règles du Code concernant la formation et l'organisation intrinsèque de l'hypothèque conventionnelle, n'appellent que des réflexions de détail et nullement des discussions de principe. Les deux questions les plus intéressantes à envisager au sujet des hypothèques conventionnelles concernent toutes deux l'article 2129 : c'est la question de la spécialité, et celle de l'hypothèque des biens à venir.

42. La Faculté de *Dijon*, seule de toutes les Facultés, combat très vivement le principe de la spécialité, et elle déclare qu'elle ne le fait « qu'après de mûres réflexions..., qu'avec défiance, parce qu'elle ne se dissimule pas que c'est une innovation grave..., mais que cette pensée est devenue pour la majorité de ses membres une conviction profonde et sincère » (1).

1) *Op. cit.*, III, p. 324.

« Nous croyons, continue la Faculté, qu'il conviendrait de supprimer le principe qui établit la spécialité comme l'une des bases essentielles de l'hypothèque », et ramenant à deux les avantages prétendus de ce principe, à savoir : 1° épargne du crédit du débiteur qui ne peut plus grever la masse des biens présents et à venir ; et 2° plus de clarté dans l'assiette et dans le rang des diverses hypothèques, elle entreprend de démontrer, que ni l'un ni l'autre de ses avantages n'existent réellement.

Sur le premier point, on peut, en effet, objecter que « ce qui fait ou détruit le crédit, c'est la somme due, et non le mode d'inscription », et l'expérience prouve que, d'un trait de plume, le débiteur peut, sous le régime de la spécialité, hypothéquer tous les biens qu'il possède. L'article 2130, qui permet l'hypothèque des biens à venir, est là pour faciliter la manœuvre ; et la seule procédure de vérification d'écritures en justice va permettre au créancier même chi-rographaire, même avant le terme, de s'inscrire pour une hypothèque générale. En présence de pareils résultats, le principe de la spécialité semble vain pour épargner le crédit du débiteur.

Quant à croire que la spécialité donnera plus de clarté à l'assiette de l'hypothèque, c'est là une méprise encore plus grande, aux yeux des professeurs de *Dijon* : c'est qu'en effet, contrairement sans doute au vœu du législateur, mais par la force même des choses, il est reçu qu'on peut prendre hypothèque sur les biens de telle commune, en nature de bâtiments,

prés... etc... Or ce système ne saurait donner aux tiers la moindre certitude. Au contraire, des difficultés incessantes sont à craindre, relativement aux déterminations futures d'hypothèques aussi imprécises.

Le système de la généralité absolue produirait la clarté et la sécurité désirables (1).

43. La Faculté de *Dijon* est d'ailleurs la seule à soutenir cet avis ; toutefois certaines Cours et Facultés qui demandent le maintien du principe de la spécialité proposent des modifications au texte de l'article 2129, qui sont presque destructrices du principe et qui vont bien au-delà de la jurisprudence, pourtant très large en matière de spécialité. C'est ainsi surtout que la Cour de *Grenoble* trouve que cette règle, excellente en ce qu'elle offre au débiteur l'avantage de pouvoir fixer le droit hypothécaire sur des immeubles bien déterminés, « devient une gêne inutile lorsqu'elle oblige de désigner spécialement chacun des immeubles du débiteur, quand celui-ci veut hypothéquer tous ses biens présents. » Et elle propose alors la rédaction suivante : « L'hypothèque conférée par le débiteur sur tous ses biens présents ou sur tous ses biens situés dans le département, la commune ou autre localité indiquée dans l'acte, est valable sans plus ample désignation. » (2) C'est ainsi encore que la Cour de *Montpellier* de-

(1) *L. cit.*, p. 325 à 329.

(2) *Op. cit.*, III, p. 308.

mande qu'il soit décidé que, sans admettre la stipulation de l'hypothèque générale, la loi permette des concessions d'hypothèques : 1° sur tous les biens d'un arrondissement ; 2° d'une même commune (1).

A l'opposé des tendances extensives que nous venons de signaler, la Cour de *Riom* constate avec peine que le système de la spécialité, imparfaitement formulé dans le Code, est tombé en désuétude ; elle propose un retour complet à la spécialité. A des degrés divers, toutes les Cours et Facultés qui ont donné un avis sur l'article 2129 demandent (sauf la Faculté de *Dijon*) le maintien du principe de cet article (2).

44. Très étroitement liée à cette question et contenue dans le même article 2129, la disposition du Code Napoléon relative aux biens à venir devait appeler les observations des corps consultés.

Six Cours royales et deux Facultés ont là-dessus donné des avis dignes d'attention : elles se divisent en deux groupes bien distincts. Quatre Cours : *Angers*, *Grenoble*, *Montpellier* et *Pau* approuvent la disposition de l'article 2130 ; il faut y joindre quelques professeurs de la Faculté de *Grenoble* ; mais la majorité de cette dernière, avec la Faculté de *Caen* et les Cours d'*Agen* et de *Rennes*, demandent l'abrogation de l'article 2130, disposition qui « tend

(1) *Op. cit.*, III, p. 313.

(2) Voyez de façon générale. Documents, t. III, p. 306 à 331.

à favoriser la prodigalité et les calculs de l'usure » (1), qui « expose les citoyens à compromettre trop facilement leur fortune future » etc. (2).

Au contraire, la Cour d'*Angers* proclame que « la pensée qui a présidé à la rédaction de l'article 2130 est marquée au coin d'une haute sagesse », et elle le trouve favorable aux fils de famille. « Pour empêcher quelques dissipateurs de se ruiner, décide la Cour de *Pau*, il ne paraît pas raisonnable de priver beaucoup de gens intelligents et honnêtes d'un moyen de se procurer un crédit que leur industrie et leur bonne conduite peuvent faire fructifier. » (3) Et la Cour de *Montpellier*, ici encore intelligemment novatrice, propose une extension qui sera reprise par les projets les plus récents, en demandant d'autoriser cette hypothèque non seulement quand les biens présents seront insuffisants; mais encore et à plus forte raison quand ces biens présents font complètement défaut (4). Ces deux dernières Cours, *Montpellier* et *Pau*, émettent un second vœu d'un grand intérêt pratique ; elles désirent qu'on oblige le créancier à prendre inscription dans un certain délai sur les biens échus au débiteur, en donnant effet rétroactif à cette inscription opérée dans le délai prescrit, décidant que l'inscription n'aura rang qu'à sa date si le délai est expiré.

(1) *Op. cit.*, III, p. 332.

(2) *Op. cit.*, III, p. 342.

(3) *Op. cit.*, III, p. 341.

(4) *L. cit.*, p. 339.

45. On conçoit aisément que l'on pourrait trouver d'autres points intéressants relatifs à l'hypothèque conventionnelle, soulevés çà et là au cours de l'enquête qui nous occupe. Par exemple, à propos des formalités mêmes de la constitution d'hypothèque, tout le monde admet la nécessité de l'acte authentique. Mais faut-il que la procuration donnée à l'effet de constituer hypothèque soit également authentique ? Deux Facultés et une Cour royale discutent la question pour conclure d'ailleurs à l'affirmative : c'est la Cour d'*Angers* (1), la Faculté de *Grenoble* (2) et celle de *Caen* (3). Dans le même ordre d'idées, convient-il que l'acte d'hypothèque soit rédigé en minute ou en brevet ? Sur ce point, la Faculté de *Grenoble* se divise (4) et la Faculté de *Caen* exige que l'hypothèque conventionnelle ne puisse être consentie que par acte notarié portant minute. « Il sera ainsi plus difficile de l'altérer ou de le supprimer, et toute partie pourra en prendre connaissance. » (5) La question des biens susceptibles d'hypothèque appelle aussi diverses remarques, notamment en ce qui touche l'emphytéose. La Faculté de *Strasbourg* décide qu'il est contraire à l'esprit de notre législation de faire de l'emphytéose un bien

(1) *Op. cit.*, III, p. 295.

(2) *Op. cit.*, p. 297.

(3) *L. c.*, p. 299. La jurisprudence de la Cour de cassation était contraire.

(4) *Op. cit.*, III, p. 299.

(5) *Op. cit.*, III, p. 298.

susceptible d'hypothèque. Au contraire, toutes les autres assemblées qui s'occupent de la question se montrent disposées à soumettre l'emphytéose à l'hypothèque : « C'est, dit la Cour de *Rouen*, un véritable démembrement de la propriété, de la même nature que le droit d'usufruit. » (1)

VII

46. La question de l'hypothèque judiciaire est au premier rang des préoccupations de la plupart des projets de réformes. L'enquête de 1841 semble y avoir attaché une importance beaucoup moindre ; si toutes les Facultés envisagent le problème, six Cours royales seulement présentent à ce sujet leurs observations.

On peut en conclure que l'opinion était favorable au maintien de cette hypothèque. Si les Cours gardent le silence, c'est que, pour elles, la question ne se pose même pas, et qu'elles n'ont pas eu à constater d'inconvénients graves dans cette institution. Parmi les Facultés et les Cours qui s'en occupent, aucune d'ailleurs ne conclut à sa suppression : celles qui n'en demandent pas le maintien intégral se bornent à proposer quelques modifications de détail.

(1) *Op. cit.*, III, p. 252. Voyez encore les Cours de *Paris*, de *Pau*, de *Rouen*, les Facultés de *Caen*, de *Dijon*, de *Grenoble*. Observations sous l'art. 2118, *op. cit.*, III, p. 249 à 257.

47. Déjà la loi du 3 septembre 1807 avait corrigé ce qu'avait de choquant une interprétation trop large de l'article 2123. Il était inadmissible de permettre au titulaire d'une créance non exigible de prendre hypothèque pour cette créance au moyen d'un jugement rendu sur une demande en reconnaissance d'obligation et d'inscrire cette hypothèque avant l'exigibilité de la dette. La loi de 1807 décida qu'il ne pourrait être pris aucune inscription hypothécaire en vertu d'un jugement de ce genre qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité. Les Facultés de *Dijon*, de *Rennes*, les Cours de *Douai*, de *Grenoble*, d'*Orléans*, se contentent de cette réforme et demandent le maintien pur et simple de l'hypothèque judiciaire (1).

48. Cette satisfaction n'est point partagée par tous les corps consultés. De nombreuses observations constatent que l'hypothèque judiciaire présente de graves dangers et facilite les abus de plus d'un genre : par elle, les parties peuvent se faire consentir des hypothèques générales, des hypothèques de biens à venir ; des inégalités injustifiées se créent entre créanciers, etc. ; bref, toutes les critiques que nous avons exposées plus haut trouvent leur place dans les observations (2).

(1) *Op. cit.*, t. III, p. 275, p. 283, etc...

(2) Voir notamment la Cour de *Colmar*, *op. cit.*, III, p. 266, et la Faculté de *Strasbourg*, *l. c.*, p. 284 et suiv.

49. De là, des propositions de réforme : il y aurait lieu, par exemple, de restreindre les actes qui peuvent donner lieu à cette hypothèque ; et c'est ainsi que la Faculté de Paris, étendant la portée de la loi de 1807, propose la suppression de l'hypothèque qui résulte d'une vérification en justice d'actes sous seing privé, en faisant très justement remarquer que dans la législation telle que la font le Code et la loi de 1807, se rencontre « cette bizarrerie qu'un créancier muni d'un simple acte sous seing privé est dans une position plus avantageuse qu'un autre créancier pourvu d'un acte notarié ; puisque le premier, en faisant par avance vérifier son titre en justice, peut, sans avoir obtenu de condamnation proprement dite, prendre inscription dès que sa créance est devenue exigible, faculté dont le second est entièrement privé » (1). La Faculté de *Strasbourg*, d'autre part, s'étonne de voir attacher l'hypothèque judiciaire à des jugements qui ne contiennent pas de condamnations actuelles, mais seulement le germe d'une condamnation (2). Les Facultés de *Caen* et de *Grenoble* adoptent le même point de vue en exigeant que le jugement porte condamnation pour qu'il puisse entraîner l'hypothèque judiciaire. En sens contraire, la Cour de *Montpellier* est disposée à étendre l'hypothèque judiciaire au plus grand nombre de cas

(1) *Op. cit.*, III, p. 278.

(2) *L. cit.*, p. 288.

possible, accordant cette garantie au droit même éventuel et indéterminé du créancier (1).

50. Il y aurait lieu aussi, d'après certaines Cours et Facultés, de modifier dans un sens restrictif les dispositions de la loi relatives aux biens sur lesquels porte l'hypothèque judiciaire. Nous trouvons par deux fois cet avis exprimé que l'hypothèque judiciaire ne devrait pas s'étendre aux biens à venir : « Sous un régime qui fait de la spécialité de l'hypothèque sur les biens présents le principe, qui n'admet l'hypothèque conventionnelle sur les biens futurs que dans un cas exceptionnel, on ne peut donner plus d'étendue à l'hypothèque judiciaire sous peine de voir l'exception préférée à la règle, le non-hypothécaire mieux traité que celui qui a demandé une hypothèque » (2). De même la Faculté de *Strasbourg* demande que l'hypothèque judiciaire n'affecte que les biens appartenant au débiteur au moment du jugement, et qu'elle n'existe qu'en vertu d'inscriptions spéciales sur chacun des immeubles (3).

51. Pourra-t-on aller plus loin et autoriser le juge à restreindre l'hypothèque judiciaire à certains immeubles suffisants pour la sûreté du créancier ? Nous avons dit pourquoi nous croyions la chose impraticable (4). La Faculté de Poitiers confirme tout à fait

(1) *L. c.*, t. III, p. 270.

(2) *Cour de Colmar, op. cit.*, III, p. 257.

(3) *L. cit.*, p. 287. C'était d'ailleurs le système de la loi de Brumaire.

(4) *V. supra*, chap. I, n° 28.

ce point de vue : « Les juges, dit-elle très justement, seraient exposés trop souvent à tomber dans de graves erreurs préjudiciables au créancier, surtout si les dispositions de la loi, qui dispensent de la publicité certains droits de préférence, devaient être conservées. » (1) Elle développe les raisons que nous avons nous-même indiquées et qui sont de la plus haute gravité.

52. Il nous faut profiter de ce que nous étudions en ce moment l'hypothèque judiciaire pour signaler une indication intéressante que fournissent certains commentaires. Il peut se faire que certains droits soumis à l'obligation de la publicité restent en germe pendant un temps plus ou moins long, avant leur réalisation définitive, qui seule permettra de les inscrire : il y aurait cependant intérêt à leur conserver un rang favorable par une mesure en quelque sorte préventive. Plus spécialement, en matière d'hypothèque judiciaire, il peut être nécessaire d'empêcher un débiteur de « s'insolvabiliser » avant l'issue du procès. Une Cour et deux Facultés ont eu l'idée ingénieuse de recourir ici à un procédé que la Commission du cadastre utilisera de nos jours, au procédé de la prénotation. La Faculté de *Dijon* voudrait qu'on permît au demandeur de prendre *a limine litis*, avec l'autorisation du Tribunal, une inscription conditionnelle dont l'effet rétroagirait en cas de con-

(1) *Op. cit.*, III, p. 281.

damnation du défendeur (1). De même la Cour de *Nîmes* qui, prévoyant les objections, précise que ces prénotations ne sauraient dégénérer en mesures vexatoires, puisqu'elles ne pourraient être prises qu'avec l'autorisation du magistrat et qu'elles seraient censées non avenues si, dans un délai déterminé, elles n'ont pas été converties en véritables inscriptions hypothécaires (2). De façon plus générale, et tout à fait en dehors de l'hypothèque judiciaire, à propos de la constitution du droit de propriété, la Faculté de *Strasbourg* avait indiqué ce système. Mais après l'avoir exposé, elle manifestait peu de confiance en sa réussite : «... Ce n'est qu'un faible palliatif... et, après tout, les prénotations ne sont-elles pas un mal ? N'encouragent-elles pas les prétentions les plus téméraires à se produire et ne font-elles pas surgir des procès qui ne se fussent peut-être jamais élevés ? » (3) Réserves partagées par la Cour de *Colmar*, qui rejette de façon plus catégorique encore tout usage de la prénotation : « N'était-ce pas assez d'autoriser le juge à se substituer à la partie au moment de la condamnation, sans qu'il fallût en outre lui permettre de constituer une hypothèque avant la condamnation elle-même ? » (4)

1. *Op. cit.*, III, p. 276.

(2) *Op. cit.*, III, p. 272.

(3) *Op. cit.*, tome I, p. 472.

(4) *Op. cit.*, t. III, p. 268.

VIII

53. Si les observations des Cours royales et des Facultés de Droit sont relativement brèves en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, il n'en va plus de même pour les hypothèques légales dont l'étude constitue la partie la plus abondamment traitée dans l'enquête (1). Le fait ne saurait d'ailleurs étonner personne : n'est-ce pas dans la matière des hypothèques légales qu'est le siège des plus grosses difficultés de la matière, en même temps que l'objet des plus vives critiques ? Et en 1841, n'était-ce pas, d'une part, la publicité à assurer aux mutations de propriété, d'autre part la refonte des hypothèques légales qui devaient constituer les deux plus graves sujets de réflexions pour les jurisconsultes appelés à se prononcer (2) ? L'analyse à laquelle nous arrivons garde pour nous le plus vif intérêt : car s'il a été pourvu par le Second Empire aux nécessités criantes qu'entraînait la clandestinité des actes de transfert, la matière des hypothèques légales est restée intacte et les mêmes inconvénients existent en 1907 comme en 1841. Nous pourrions reprendre à notre

(1) Voyez t. II, p. 131 à 474; t. III, p. 258 et suivantes.

(2) Du reste les jurisconsultes l'ont bien compris : « Question grave, question immense, s'écrie la Cour de Colmar, etc... » II, p. 212.

compte la critique générale de la Cour de *Bastia* : « Les législateurs du Code ont sacrifié le crédit foncier aux intérêts des incapables, et l'application a démontré qu'ils ne sont rien moins que couverts. Le crédit de la terre ne peut se fonder que sur la notoriété du bilan de chaque immeuble ; vouloir l'établir et proclamer en même temps l'existence de charges occultes, c'est associer deux idées inconciliables et poursuivre une chimère. Aussi les hypothèques légales frappent-elles d'une sorte d'interdiction la plus grande partie du sol français, et font-elles planer le soupçon de cette interdiction sur le reste. » (1)

54. Comme le formule exactement la Cour d'*Aix* : « Deux grands intérêts sont en présence : celui de l'industrie, par le mouvement qu'elle veut imprimer à la propriété, et celui de la stabilité des familles par la stabilité des droits des femmes et des mineurs. » (2) Toutes les critiques, toutes les tendances, tous les projets de réforme que nous avons à signaler auront l'une ou l'autre de ces préoccupations pour point de départ et différeront selon qu'on laissera prédominer l'une ou l'autre de ces préoccupations.

Le premier point intéressant est évidemment de savoir s'il convient de maintenir l'hypothèque légale. Bien rares sont ceux qui ne répondent pas par l'affirmative, non pas que l'on méconnaisse, même parmi

(1) *Op. cit.*, II, p. 201.

(2) *Op. cit.*, II, p. 161.

les Cours et Facultés qui sont le plus catégoriques sur ce point, les inconvénients de l'hypothèque légale occulte (1). Mais on reconnaît qu'il y a là une nécessité naturelle qui tient à la faiblesse même des femmes et des mineurs, faiblesse qui, si elle fait porter contre ces deux catégories de personnes les interdictions prononcées par les lois civiles et politiques, exige par ailleurs que l'on maintienne en leur faveur l'appui que leur offre l'hypothèque légale. Et c'est au même point de vue que s'attachent, pour ne citer que celles qui traitent explicitement de la question, les Cours de *Douai* (2), de *Pau* (3), de *Poitiers* (4), et parmi les Facultés, celle de *Poitiers*, particulièrement affirmative.

55. Ces assemblées repoussent toute modification qui pourrait tendre à remplacer l'hypothèque légale par une hypothèque conventionnelle prise au moment du contrat de mariage. Ainsi la Cour d'*Aix* (5), entre autres, rejette toute hypothèque de ce genre, sous le prétexte que l'inscription qui serait alors nécessaire, laisserait à chaque instant des lacunes au détriment des femmes et des mineurs, tandis que l'hypothèque générale et occulte embrasse tous leurs droits. Beaucoup plus dédaigneux encore est l'avis de la Faculté

(1) Voyez notamment Cour d'*Aix*, II, p. 145.

(2) *Op. cit.*, II, p. 235-236.

(3) *Op. cit.*, II, p. 324.

(4) *Op. cit.*, p. 334.

(5) II, p. 152, *l. c.*

de *Strasbourg*, qui déclare que : « de pareilles innovations, il serait oiseux de discuter le mérite » (1).

De son côté, la Faculté de *Dijon* préférerait voir l'hypothèque conventionnelle se substituer à l'hypothèque légale plutôt que de rendre celle-ci dépendante d'une inscription. Mais elle rejette l'une et l'autre de ces solutions pour s'en tenir au système actuel (2), sans modifications.

56. Par là même, la Faculté de *Dijon* répond de façon assez explicite à cette question importante : y a-t-il lieu de créer au profit des femmes, des mineurs et des interdits d'autres ou de plus amples garanties que celles qui résultent de l'hypothèque légale ? Et il faut se hâter de reconnaître que, sur ce point, l'opinion de la Faculté de *Dijon* reste une opinion exceptionnelle, et que beaucoup plus nombreuses sont les observations qui tendent à cette extension des garanties à donner au mineur, à l'interdit et à la femme mariée.

Les assemblées qui ont été appelées à se prononcer sur ce point ont en effet été frappées de l'insuffisance des dispositions du Code en vue de cette protection des incapables, pour laquelle avaient été sacrifiés les plus légitimes intérêts du crédit. Nous avons cité, dans notre premier chapitre, les fortes paroles de M. Bufnoir à la Commission parlemen-

(1) *L. cit.*, II, p. 464.

(2) *L. cit.*, p. 388.

taire du cadastre (1) et les excellentes indications de M. Valette contenues dans l'enquête même qui nous occupe : la Faculté de *Paris* doit en effet être rangée parmi les premières à demander des réformes, et les longs développements auxquels elle se livre restent encore aujourd'hui un des commentaires les plus solides de notre législation sur ce point (2). Elle conclut à une modification profonde et intéressant le principe même de l'hypothèque. Quels sont, en effet, les desiderata qui se dégagent de la loi ?

1° Les incapables ne retirent aucune garantie de l'hypothèque légale quand la fortune du mari ou du tuteur est exclusivement mobilière ; 2° la femme mariée, pouvant à son gré s'obliger pour autrui ou pour son mari, est amenée par là à sacrifier constamment le bénéfice de son hypothèque légale ; la dotalité seule peut la préserver, et encore ne garantit-elle pas contre les effets de la purge ; 3° enfin si, au cours de l'incapacité, des créances nouvelles venaient à naître, au profit du mineur ou de la femme, contre le tuteur ou le mari, quelles garanties nouvelles seraient-elles données à l'incapable ? Ce n'est pas lui, par hypothèse, qui pourra les réclamer. Du reste, observe à ce sujet la Faculté de *Paris*, la loi est si défectueuse qu'il faut encore se féliciter de constater l'énervement et même l'anéantissement de

(1) V. *supra*, chap. I, n° 30.
(2) *Op. cit.*, II, p. 445 à 449.

L'hypothèque générale et occulte par la force même de la pratique. A ces inconvénients, la Faculté de *Paris* propose des remèdes intéressants, notamment le remplacement de l'hypothèque légale par une caution, ou l'obligation de placer les sommes de l'incapable ; on pourrait, par ce moyen employé au cours du mariage, éviter une séparation de biens, au cas où l'administration du mari inspirerait des craintes. Il y aurait, en outre, à charger les officiers publics et le Procureur du Roi d'exiger les sûretés nécessaires au début de l'incapacité, ou pendant sa durée (1).

Ces indications sont également formulées par plusieurs Cours d'appel : la Cour de *Bastia*, orientée toujours vers des réformes largement conçues, s'élève contre « la lacune immense de la loi » (2). Les réformes qu'elle propose diffèrent parfois de celles de la Faculté de *Paris* : ainsi, au lieu d'exiger, pour les cessions d'hypothèque légale consenties par la femme, une autorisation de justice, elle se contenterait d'un acte notarié, enregistré et inscrit, cette mesure lui paraissant un « frein suffisant aux abandons de la femme ». La Cour de *Dijon* reconnaît également que la loi « endort la femme dans une fausse sécurité ». Mais elle repousse catégoriquement le système de la consignation des sommes d'argent, que préconise la Cour de *Lyon*. Celle-ci se rapproche de

(1) V. l. c. p. 449, 2° ; p. 450, 3°, 4°.

(2) V. p. 201-202.

la Faculté de *Paris* par la gravité des réformes qu'elle propose. Elle maintient bien l'hypothèque légale, mais elle la relègue au second plan et ne fait d'elle qu'une garantie supplémentaire, subsidiaire, ne venant qu'après d'autres mesures de protection, jugées plus efficaces (1). Estimant à son tour que l'absence d'immeubles dans le patrimoine du mari ou du tuteur rend vaine l'hypothèque légale, la Cour de *Lyon* substituerait à cette hypothèque l'obligation pour le débiteur de verser les fonds dans la Caisse des consignations ou dans une caisse spéciale (2). Le tuteur serait réduit au maniement des revenus et des sommes qu'exigent les dépenses d'administration et les frais d'entretien du pupille ; et quant aux capitaux mobiliers, la caisse spéciale qui les recevrait serait située, tant pour les femmes que pour les mineurs, au chef-lieu de chaque arrondissement, sous le nom de Caisse administrative des biens des incapables (3). Ce régime serait complété par un privilège sur les immeubles qui s'exercerait, à défaut d'inscription de l'hypothèque légale, préférablement aux créanciers chirographaires ou aux créanciers qui n'auraient qu'une hypothèque judiciaire (4). C'est au même système de consignation que certains magistrats de

(1) T. II, p. 275.

(2) *Op. cit.*, II, p. 269. Cette obligation enfermerait le mari dans des limites plus ou moins restreintes, suivant qu'il s'est ou non soumis au régime dotal, qu'il justifie ou non d'une inscription suffisante, etc.

(3) *L. cit.*, p. 272.

(4) *L. cit.*, p. 275.

Montpellier semblent s'être ralliés, pour les biens des tuteurs seulement ; mais la majorité de cette Cour, comme celle de *Dijon*, rejette toute consignation des sommes mobilières. Les Cours de *Metz* (1) et de *Pau* (2) estiment de leur côté que la loi laisse une trop grande facilité aux femmes mariées pour les opérations sur leur hypothèque légale, et demandent qu'elles ne puissent plus les accomplir qu'en vertu d'une autorisation de justice.

Toujours dans le même ordre d'idées : protection plus efficace des incapables, citons la Cour de *Riom*, qui constate que ceux-ci ne sont nulle part moins protégés qu'en France, et qui, à titre d'indication, voudrait que la surveillance des juges de paix fût plus efficace et que l'on versât les capitaux, non point dans la Caisse des dépôts, mais à la Caisse d'épargne : « C'est déjà la caisse des pauvres ; en devenant la caisse des orphelins, elle prendrait encore un plus auguste caractère. » (3)

57. L'hypothèque légale étant ainsi admise, avec les suppléments de garantie que nous venons d'indiquer, par la presque unanimité des Cours et Facultés, on était amené à se poser naturellement la question de l'étendue de cette hypothèque, question qui souffrait quelques difficultés.

(1) *L. cit.*, p. 279.

(2) *L. cit.*, p. 329.

(3) *L. cit.*, II, p. 358.

Et d'abord, quant aux droits et aux créances auxquels cette hypothèque doit être attribuée, on paraît avoir accepté simplement le maintien des règles du Code : l'hypothèque légale de la femme garantira toutes les sommes que le mari pourra devoir par suite de faits quelconques se rapportant au mariage. La seule difficulté concerne la restitution des deniers paraphernaux que le mari a pu toucher au nom de sa femme et qu'il doit rendre dans les conditions prévues par les articles 1576 et suivants. La créance née de cette cause bénéficie-t-elle de l'hypothèque légale ? Sur ce point, la jurisprudence subissait alors certains flottements. La *Cour de cassation* se montrait très ferme dans le sens le plus favorable, mais un grand nombre d'arrêts de Cours royales tenaient pour le système adverse ; de là certaines préoccupations de la part de quelques assemblées qui demandent au législateur de bien fixer l'opinion à ce sujet. Toutes celles qui s'en occupent sont formellement d'avis d'étendre la garantie légale à ce genre de reprises. Ainsi la *Cour d'Angers*, qui propose d'ajouter à l'article 2135, après l'avant-dernier paragraphe, la disposition suivante : « Elle a hypothèque pour valeurs paraphernales et indemnités dues par suite de dégradations commises sur les immeubles qui sont propres à la femme, de l'époque à laquelle ces créances ont pris naissance. » (1) Ainsi encore la

1 *Op. cit.*, II, p. 185.

Faculté de *Grenoble*, qui demande que ce droit soit formellement accordé à la femme (1). La Cour de *Douai* déclare avoir discuté les deux points de savoir s'il fallait restreindre l'hypothèque légale au seul apport en mariage, d'une part, et aux seuls droits et créances constatés par acte authentique, d'autre part, et avoir répondu négativement aux deux propositions (2), d'ailleurs isolées.

58. Au contraire, beaucoup plus importante est la question délicate de savoir si les mineurs, les interdits, les femmes mariées peuvent avoir hypothèque légale, à raison d'actes qu'ils peuvent faire annuler, révoquer ou rescinder ; on connaît l'exemple le plus fréquent : il concerne la femme dotale dont les biens dotaux ont été aliénés indûment ; elle a une action en nullité contre l'acquéreur de ces biens indisponibles ; la jurisprudence lui reconnaissait aussi une hypothèque légale sur les biens de son mari. La femme a donc une option ; or, cette option ne va pas sans quelque difficulté. Car les droits des acquéreurs des immeubles dotaux, d'une part, ceux des créanciers du mari, d'autre part, vont rester en suspens jusqu'à ce que la dissolution du mariage permette à la femme ou à ses héritiers d'opter entre la revendication et le droit hypothécaire. Il y a là évidemment un

(1) *Op. cit.*, II, p. 440.

(2) *Op. cit.*, II, p. 237-238.

abus : « La dot immobilière n'a pas besoin de cette double garantie : le principe de l'inaliénabilité suffit ». Ainsi s'exprime la Cour de *Grenoble* (1), qui refuse en conséquence toute hypothèque légale de ce chef ; c'est là également l'opinion de la Cour de *Montpellier*, qui y voit, en outre, la cause d'un grave embarras dans les collocations éventuelles qui deviennent nécessaires ; elle ne propose pas de supprimer l'option de la femme, mais elle décide très sagement que les créanciers du mari n'auront rien à craindre de l'hypothèque légale de la femme de ce chef, si cette hypothèque ne leur a pas été rendue opposable par une inscription. En un mot, la Cour de *Montpellier* veut garantir les créanciers du mari de toute action de la femme fondée sur l'aliénation des biens dotaux, en assujettissant à l'inscription l'hypothèque qui sanctionnerait une action de ce genre (2). La Cour royale de *Pau* (3), la Faculté de *Dijon* (4), la Faculté de *Grenoble* (5), attaquent également avec vigueur la solution de la jurisprudence. La Faculté de *Dijon* réfute très justement le sophisme sur lequel s'appuie cette jurisprudence pour permettre à la femme de laisser l'immeuble dotal indûment aliéné entre les mains de l'acquéreur et de se retourner contre son mari, par conséquent contre les créan-

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 249.

(2) *Op. cit.*, II, p. 286 à 288.

(3) *Op. cit.*, II, p. 317.

4 *L. c.*, p. 396 à 398.

(5) *L. c.*, p. 441-443.

ciers de ce dernier, au moyen de son hypothèque légale. La ratification vaut mandat, dit la *Cour de cassation* ; or, en optant, la femme ratifie. Oui, répond la Faculté de *Dijon*, la ratification vaut mandat, mais seulement en ce qui concerne les droits respectifs des parties contractantes. Par rapport aux tiers dont les intérêts peuvent être compromis par la ratification, l'engagement ne saurait exister et leur être opposable que du jour de la ratification à laquelle il doit sa force, ou pour mieux dire son existence (1). Le Code lui-même, dans son article 1338, réserve du reste en pareille matière le droit des tiers.

59. Mais c'est à propos de la minorité et de l'interdiction que se sont posées au cours de l'enquête les plus nombreuses questions relativement aux droits et créances auxquelles doit être attribuée l'hypothèque légale.

Il est incontestable qu'en cette matière on pouvait relever pas mal de lacunes dans la loi. La loi n'accorde pas d'hypothèque légale au mineur ni à l'interdit sur les biens du subrogé-tuteur. Convient-il de la compléter sur ce point ? Une seule Faculté se le demande, et elle répond, avec raison à notre sens, par la négative (2). Mais elle accorde hypothèque générale contre le protuteur, ce qui, d'ailleurs, paraît logique, le protuteur étant en tous points assi-

(1) *Op. cit.*, II, p. 397.

(2) Faculté de *Gaen*, *op. cit.*, II, p. 378.

milable au tuteur. De même, une seule Cour (1) se demande s'il n'y aurait pas lieu de donner à l'enfant mineur une hypothèque légale sur les biens de sa mère remariée qui a conservé en fait la gestion des biens pupillaires, quoique ayant perdu la tutelle pour s'être remariée sans convoquer le conseil de famille. Conformément d'ailleurs à la jurisprudence courante, la Cour d'*Angers* considère cette mère comme ne devant pas échapper aux responsabilités, et elle fait supporter au second mari lui-même le poids de l'hypothèque légale, confirmation bien naturelle de la seconde partie de l'article 395. Du reste, la Cour de *Pau* (2) et la Faculté de *Caen* (3) demandent que dans le cas contraire à celui envisagé par la Cour d'*Angers*, c'est-à-dire lorsque la mère remariée aura conservé la tutelle après délibération du conseil de famille, le second mari, solidairement responsable de la gestion des biens du mineur postérieurement au second mariage, voit ses biens frappés d'hypothèque légale comme garantie de sa responsabilité.

60. Mais, dans cet ordre d'idées (4), la question

(1) Cour d'*Angers*, t. II, p. 171-172.

(2) *Op. cit.*, II, p. 331.

(3) *Op. cit.*, II, p. 379.

(4) Nous ne pouvons donner ici, en détail toutes les propositions qui, au cours de l'enquête, ont été faites, en vue d'étendre l'hypothèque légale à des droits et contre des personnes que la loi n'avait pas prévues. Signalons d'un mot quelques opinions isolées : la Faculté de *Grenoble* repousse, mais à une faible majorité, l'hypothèque légale du condamné interdit sur les biens de son tuteur

qui revient le plus souvent, au cours des observations de l'enquête, concerne l'hypothèque légale à attribuer ou à refuser à l'enfant mineur sur les biens de son père, administrateur, pendant le mariage, des biens personnels de ses enfants mineurs. Six Assemblées se sont prononcées sur cette question : deux d'entre elles^{*} repoussent l'innovation à apporter à l'art. 2121 (1). Pour les quatre autres : Cours royales de *Grenoble*, de *Montpellier*, de *Besançon* et de *Pau*, il conviendrait au contraire de faire porter cette hypothèque légale sur les biens du père à raison de son administration exercée aux termes de l'article 389. Elles envisagent les objections qu'on peut leur adresser, en particulier les entraves qu'une pareille théorie apporterait aux transactions sur les immeubles ; mais en soumettant cette hypothèque à l'inscription, on éviterait cet inconvénient. Le juge de paix serait tout particulièrement chargé d'assurer cette hypothèque (2). Aux objections pratiques concernant l'impossibilité où l'on serait de se rendre compte de l'existence d'une fortune personnelle chez le mineur, la Cour de *Montpellier* répond que cette fortune ne pour-

(t. II, p. 438-439) : la Faculté de *Caen* rejette l'hypothèque légale du prodigue contre le conseil judiciaire, aussi bien que celle des ayants droit contre les curateurs à succession vacante ; la Cour de *Pau*, enfin, accorde à l'absent l'hypothèque légale contre les administrateurs provisoires., etc...

(1) Cour d'*Amiens*, II, p. 170-171. Faculté de *Caen*, II, p. 378-379.

(2) Cour de *Grenoble*, p. 254 et 257, tome II.

rait guère échoir au mineur que par voie de succession et de donation, et que par là le plus souvent les notaires pourraient pourvoir à cette difficulté (1).

IX

61. Nous en arrivons maintenant au point le plus délicat de cette longue matière des hypothèques légales : convient-il de soumettre cette hypothèque à la publicité ?

Une question préjudicielle se pose ici. Le mineur et la femme mariée sont-ils à cet égard dans la même situation, et faut-il donner pour tous les deux une solution uniforme ? La Faculté de *Poitiers* discute longuement la question (2) et aboutit à cette conclusion que, tandis qu'on doit considérer l'hypothèque légale de la femme comme existant indépendamment de toute inscription, on doit exiger l'inscription de celle du mineur. En effet, par eux-mêmes, la femme et le mineur sont également incapables de pourvoir à leur inscription ; or, la femme ne peut trouver un représentant légal qu'on puisse charger de cette formalité ; pour le mineur, ce représentant existe : c'est le subrogé-tuteur. D'autre part, les tiers auront, dans

(1) *Op. cit.*, II, p. 293.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 459 à 462.

la plupart des cas, connaissance de l'état de mariage de celui avec lequel ils traiteront ; mais il est très probable qu'ils ignoreront sa qualité de tuteur, surtout s'il s'agit de tutelle testamentaire ou dative. Il y a donc entre les deux situations une énorme différence. La Cour de *Montpellier*, qui se pose également la question, décide de ne point séparer les deux sortes d'incapables et de les laisser sous le même régime : celui de la clandestinité. Et c'est à la même solution que se range la Cour de *Douai* ; mais celle-ci, contrairement à la Faculté de *Poitiers*, commence par proclamer bien haut que si on peut discuter sur l'hypothèque de la femme, du moins la dispense d'inscription de l'hypothèque légale des mineurs et interdits ne saurait être mise en question.

62. De façon plus générale, l'enquête pose dans toute son ampleur le problème de la publicité des hypothèques légales.

Le maintien du système du Code rallie, et de beaucoup, la majorité des suffrages. Vingt et une Cours, quatre Facultés acceptent les hypothèques légales occultes, indéterminées et générales, avec, toutefois, des réserves diverses dans l'application, mais de façon très ferme quant au principe. Seules les quatre Cours de *Bastia*, *Dijon*, *Nîmes* et *Riom*, auxquelles il faut joindre certains membres de la Cour de *Poitiers*, la majorité des professeurs de *Rennes* et la moitié de ceux de *Grenoble*, demandent l'inscription et la détermination.

63. Nous ne pouvons, on le comprendra, donner l'analyse de chacune de ces diverses opinions, et reprendre ici, pour et contre, le débat trop connu au sujet de la publicité des hypothèques légales. Il serait à peine besoin d'indiquer, du reste, les différentes raisons invoquées qui forcément se répètent les unes les autres : l'intérêt de la famille et de l'Etat, compromis si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs étaient sacrifiés : voilà la raison déterminante qui, avant les nécessités du crédit, semble préoccupé la plupart des Assemblées. On estime que les prêteurs d'argent, qui peuvent faire la loi au contrat, n'ont pas à être traités plus favorablement que les femmes et les mineurs. De nombreuses Cours affirment que les capitaux ne se sont pas détournés des immeubles, mais qu'au contraire ceux-ci ont acquis une haute valeur et que les prêts s'y sont portés jusqu'à l'excès. Elles font remarquer que les faveurs accordées aux incapables n'ont pas suffi à sauvegarder, dans bien des cas, les dots et les deniers pupillaires (1). A quoi on pourrait facilement répondre : sur le premier point, que la sécurité des prêteurs tenait moins à la loi qu'aux ingéniosités de la pratique pour tourner cette loi ; et sur le second point, qu'il ne prouvait qu'une chose, à savoir que les dispositions du Code étaient insuffisantes et ne répondaient à rien, puisqu'elles ne pouvaient satisfaire aux nécessités prévues.

(1) Entre autres : Cour de *Limoges*, p. 259-260.

Et cependant, de tous côtés, nous voyons demander le maintien de l'hypothèque occulte. Ce sont les Cours d'*Agen*, d'*Aix*, d'*Amiens*, d'*Angers*, de *Besançon*, de *Bordeaux*, de *Colmar*, etc... (1). On n'attend pas de nous que nous suivions chacune des « observations », toutes très considérables, qui ont été produites à l'enquête. On sait quelles sont les raisons générales de cette résistance ; il en est, du reste, d'assez inattendues, come celles de la Cour de *Colmar*, qui repousse la publicité sous le prétexte que « la France a une constitution morale différente des autres nations !... une délicatesse de sentiments qui entraîne une répugnance bien excusable fondée non moins sur la réserve commandée dans les choses du dedans que sur l'orgueil qui ne veut pas rendre compte au public de ce qu'il regarde comme le domaine de la vie murée... Les mœurs ne sont pas encore prêtes pour cette publicité des relations intérieures qu'offensent des yeux étrangers. » (2) Plus sérieuse est la raison générale que donne l'ensemble des autres avis : il faut faire passer avant tout l'intérêt des femmes et des mineurs : « Dès lors, comme se le demande la Cour de *Rouen*, dès lors que la loi a reconnu la nécessité de subvenir à l'ignorance des femmes et à la faiblesse des mineurs, en créant à leur profit une hypothèque qu'ils ne peuvent pas eux-mêmes stipuler, serait-elle conséquente avec elle-mê-

(1) Voyez l'énumération complète: *op. cit.*, Introduction, p. CXXIII.

(2) *Op. cit.*, II, p. 215.

me, si elle faisait dépendre cette hypothèque d'une formalité qu'il n'est pas davantage en leur pouvoir d'accomplir ? » (1)

C'est partout la même plainte : il est impossible de concilier les intérêts des incapables et ceux des tiers prêteurs ; mieux vaut donc sacrifier ceux-ci que ceux-là !

Deux Cours avaient des raisons spéciales de se maintenir sur ce terrain : la Cour d'*Aix* et la Cour de *Montpellier*. Celle-ci surtout, comme Cour centrale des pays de droit écrit, voit dans tout système qui affaiblirait l'hypothèque légale de la femme une tendance périlleuse pour le régime dotal qu'elle a pour mission d'appliquer (2) : on ne saurait rendre la dot périssable par le seul défaut d'inscription. La Cour d'*Aix* fait, de son côté, ressortir avec beaucoup de force cette autre considération d'ordre pratique qu'on ne saurait fixer d'avance pour la publicité la valeur de tous les droits éventuels et indéterminés que doit garantir l'hypothèque légale, pas plus qu'on ne saurait connaître la situation des biens du mari ou du tuteur.

64. Telle est donc la solution généralement admise ; mais pour en adopter le principe les Cours et Facultés n'en reconnaissent pas moins les inconvénients. « La jurisprudence, dit très justement la

(1) *Op. cit.*, II, p. 361. Voyez aussi Cour d'*Agen*, p. 141.

(2) Voyez notamment, II, p. 181.

Cour de *Montpellier*, a étendu outre mesure la faveur que notre Code attache aux intérêts de la femme et à ceux du mineur, tandis qu'aucune précaution n'a été prise dans l'intérêt des tiers, ou que, du moins, il n'en a indiqué que d'insuffisantes. » (1) Ces améliorations quelles sont-elles, et quels enseignements peut-on retirer à ce sujet des documents de l'enquête ?

L'idée d'un registre spécial sur lequel seraient insérées les notices ou inscriptions énonciatives de tous les actes qui peuvent donner ouverture à un droit d'hypothèque légale, a rallié un certain nombre de suffrages en tête desquels ceux de la *Cour de cassation* (2). Sur ce registre, tenu à la conservation des hypothèques, on inscrirait de simples notes qui n'auraient aucune influence sur les hypothèques légales, mais qui renseigneraient les tiers ; les notaires, les juges de paix et les receveurs d'enregistrement seraient tenus de faire faire ces notices pour les actes dont leur ministère leur permettrait de prendre connaissance, et cela sous diverses sanctions. C'est le même point de vue qu'adopte la Cour royale de *Rouen*, en préconisant un bordereau dit d'*indication* et non d'*inscription*, sur le vu duquel on délivrerait un état de « bordereaux d'indication ». Le notaire et le greffier de la justice de paix seraient chargés d'assurer cette publicité (3).

(1) *Op. cit.*, II, p. 280.

(2) *Op. cit.*, t. II, p. 134, p. 137.

(3) *Op. cit.*, t. II, p. 363-364.

C'est là en somme un simple avertissement aux tiers, sans effet sur le sort ultérieur de la créance. Cet avertissement ne paraît pas satisfaisant à la Cour de *Toulouse*, qui voit une complication inutile dans l'existence de deux sortes d'inscriptions et qui demande seulement que la loi, telle qu'elle est, obligeant certaines personnes à inscrire, soit plus rigoureusement observée.

65. L'opinion de la Cour de *Toulouse* reflète, sur ce point, la tendance générale : on maintient les dispositions du Code, mais on désire que ces dispositions ne restent pas lettre morte, et pour cela on étend à d'autres personnes que celles prévues dans les articles 2136 et 2139 l'obligation de faire inscrire. C'est ainsi, par exemple, qu'en exigeant l'authenticité pour toutes quittances de sommes dotales payées au mari, pour toutes créances du mineur remboursées au tuteur, comme le demande la Cour de *Montpellier* (1), on évite d'une part les fraudes auxquelles donnent lieu les sous-seings privés, et d'autre part on assure à ces actes la publicité nécessaire en imposant aux notaires l'obligation de faire inscrire tous les actes de leur ministère qui donnent lieu à l'hypothèque légale. Et c'est pour cela que les notaires sont désignés, le plus souvent, comme devant, sous certaines sanctions, assurer la publicité

(1) *Op. cit.*, II, p. 285 et 288.

de leurs actes : ainsi opinent la Cour de *Metz* (1), celles de *Montpellier* (2), de *Paris* (3), de *Toulouse* (4), sans parler de la Cour de *cassation*, que tout à l'heure nous avons citée. Ainsi encore la Faculté de *Dijon* (5), qui sanctionne cette obligation d'une amende de 100 francs, sans préjudice d'autres peines ; ainsi encore la Faculté de *Poitiers* (6).

Au contraire, certaines autres Cours sont opposées à cette extension des agents chargés de l'inscription : la Cour de *Colmar*, qui n'admet pas de différence entre les mariages précédés d'un contrat et les mariages sans contrat (7) ; la Cour de *Limoges*, qui ne croit pas que l'officier public puisse faire faire l'inscription, car il se trouvera le plus souvent dans l'impossibilité de faire faire l'évaluation (8) ; la Cour de *Rennes*, qui, malgré une minorité imposante, rejette à la majorité une disposition en ce sens, redoutant que les inscriptions d'office n'entraînent des complications inextricables et des frais dispendieux (9) ; la Cour de *Rouen*, enfin, qui constate que l'application rigoureuse de l'article 2194, prescrivant aux membres du Parquet de pourvoir eux-

(1) *Op. cit.*, II, p. 277.

(2) *L. c.*, p. 289-290-291.

(3) P. 319.

(4) P. 371.

(5) *Op. cit.*, II, p. 401-406.

(6) *Op. cit.*, II, p. 456.

(7) *Op. cit.*, II, p. 217.

(8) *Op. cit.*, II, p. 260.

(9) *Op. cit.*, II, p. 348

mêmes à l'inscription, a soulevé de vives critiques, a paralysé dans la totalité de leurs ressources immobilières un grand nombre de citoyens, et a fait de telle sorte qu'une grande partie du sol de la France était à la veille de se trouver placé hors du commerce. Pareil exemple fait rejeter à la Cour toute augmentation du nombre des agents chargés d'assurer l'inscription de l'hypothèque légale.

D'autres agents sont d'ailleurs proposés tout le long de l'enquête ; bornons-nous à donner l'énumération de ceux qui ont été indiqués par une Assemblée ou par l'autre : les receveurs d'enregistrement, que réclament un grand nombre d'avis, les juges de paix, leurs greffiers, les conservateurs des hypothèques eux-mêmes.

66. A ce système qui admet l'existence de l'hypothèque légale indépendamment de toute inscription, s'oppose la théorie, qui rallie moins de suffrages, de la nécessité de l'inscription. Il convient de jeter un coup d'œil sur les propositions de cette réforme.

La Cour de *Bastia* formule très nettement la critique, que nous connaissons déjà, et argumente de l'intérêt du crédit. Mais à qui incombera l'obligation d'organiser la publicité ? La Cour ne se dissimule pas qu'il serait vain de l'attendre du mari ou du tuteur : « Il faut recourir à notre système administratif si complet, si éprouvé, etc. ». Ce serait à l'enregistrement que la Cour voudrait la voir dévolue. Le soin de faire inscrire les hypothèques légales

des incapables serait confié à cette administration, intervenant dans tous les actes qu'on soumettrait forcément à son contrôle » (1), et pour cela on exigerait le caractère authentique des actes concernant les femmes et les mineurs, et certaines indications de la part des notaires. La Cour de *Dijon* regarde comme une nécessité de rendre l'hypothèque légale publique et déterminée. Mais elle ne croit possible qu'une inscription générale sur tous les biens présents et à venir du mari. De là, la nécessité d'un domicile permanent et spécial pour centraliser les opérations hypothécaires concernant chaque débiteur (2), idée commune avec la Faculté de *Poitiers*, qui désire que l'on arrive à fixer un lieu déterminé ou l'on puisse trouver un compte ouvert au nom de chaque propriétaire (3). Quant à la détermination de l'hypothèque, la Cour de *Dijon* donne des moyens différents pour y arriver, selon les diverses causes qui donnent naissance à cette hypothèque. La Cour de *Nîmes* pose excellemment le principe : « Point de véritable système hypothécaire sans publicité ; pas de publicité si une seule espèce d'hypothèque est dispensée d'inscription ». Elle demande que cette publicité soit assurée en rendant beaucoup plus rigoureuses les pénalités contre le mari qui n'aurait pas fait les déclarations exigées par la loi, en faisant porter

(1) *Op. cit.*, II, p. 201 et 204.

(2) *Op. cit.*, II, p. 223-224.

(3) *Op. cit.*, II, p. 454-455.

à la connaissance du Procureur du Roi les mariages qui ont lieu, en exigeant la transcription de tous ces contrats de mariage et en proposant enfin cette idée originale, mais vraiment féconde, que « chaque fois qu'on est débiteur vis-à-vis d'une femme mariée, on ne serait censé être libéré qu'en justifiant qu'on avait requis l'inscription nécessaire pour la garantie des droits de celle-ci. » (1) De même la Cour de *Riom*, la Faculté de Droit de *Rennes*, celle de *Poitiers*, tout au moins certains de ses membres, exigent qu'il n'y ait pas d'hypothèque légale sans inscription.

67. A ces principes, les Cours et Facultés qui préconisent ainsi la nécessité de la publicité, joignent des précisions de détail destinées à augmenter les facilités de l'inscription et à donner une publicité plus large aux divers actes qui peuvent intéresser les tiers. Nous venons de voir que la Cour de *Nîmes* décide que le débiteur d'une femme mariée (2) ou d'un mineur (3) ne sera censé valablement libéré qu'en justifiant d'une quittance authentique ou d'une inscription prise contre le mari et le tuteur. La Faculté de *Grenoble* admet une opinion analogue (4) et désirerait de plus que les obligations consenties par la femme pendant le mariage ne soient valables

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 308.

(2) *L. c.*, p. 308.

(3) *L. c.*, p. 312-313.

(4) *Op. cit.*, II, p. 417, et 432-433.

que si elles résultent d'actes publics (1). C'est ainsi encore que cette même Faculté réclame la transcription des contrats de mariage (2) et des délibérations des conseils de famille (3) contenant nomination du tuteur, et avec elle la Cour de *Nîmes* réclame la même mesure (4). De plus, dans ce système, plus encore que dans le système précédent, les Cours et Facultés étendent la liste des personnes qui seront appelées à concourir à la réalisation des inscriptions, soit au moment du mariage, soit au début de la tutelle : ce sont, avant tout, les notaires et les conservateurs des hypothèques, puis les officiers de l'état-civil, les receveurs d'enregistrement, les maris, les juges de paix, les greffiers des juges de paix, les membres des conseils de famille, les tuteurs, les subrogés-tuteurs, les procureurs du Roi. Une seule Cour, la Cour de *Dijon*, parle des femmes elles-mêmes comme devant requérir l'inscription (5), et elle y ajoute les parents des femmes, comme le fait également la Cour royale d'*Agen* (6).

68. On le voit, l'organisation de cette publicité tant souhaitée fait l'objet des attentions minutieuses des Cours et Facultés qui en défendent le principe.

(1) *L. c.*, p. 418 et 483.

(2) *L. c.*, p. 415.

(3) *L. c.*, p. 433.

(4) *L. c.*, p. 306-307.

(5) *L. cit.*, p. 322.

(6) *L. c.*, p. 139.

Mais même parmi celles qui s'en tiennent à l'ancienne hypothèque occulte, il en est beaucoup qui sentent à tel point le besoin de publicité qu'elles tendent, dans une plus ou moins grande mesure, à assurer cette publicité ; nous avons vu comment, par différents moyens pratiques, elles tendent pour la plupart à porter à la connaissance des tiers des faits qui peuvent les intéresser, tout en maintenant le vieux principe que cette publicité ne saurait être rendue nécessaire pour créer l'opposabilité à l'égard des tiers. Quelques-uns des corps consultés, favorables à ce principe, se demandent, du reste, s'il ne conviendrait pas de le faire fléchir dans certaines circonstances que la loi actuelle n'a pas prévues, et s'il ne faudrait pas restreindre le caractère occulte de l'hypothèque à des cas bien déterminés. En d'autres termes, la dispense d'inscription ne doit-elle pas être entendue de façon moins large que dans le Code Napoléon ? La Cour de *Montpellier* décide sur ce point que si la femme doit avoir hypothèque pour ses droits de créance quelconques, on ne saurait dispenser cette hypothèque d'inscription que dans les cas énumérés par l'article 2135 du Code civil, c'est-à-dire pour le cas de dot, reprises et conventions matrimoniales. Par là, la Cour de *Montpellier* contredit la jurisprudence qui dispense de l'inscription l'hypothèque légale des paraphernaux, question longtemps controversée et que résolvent dans le même sens que *Montpellier* les deux autres Assemblées qui s'en occupent, la Cour et la Faculté de *Grenoble* ; toutefois,

dans cette Faculté, une forte minorité, argument pris de ce que la femme n'est pas moins dépendante sous un régime que sous un autre, demande que l'on ne fasse pas de distinction (1). La même Cour de *Montpellier* voudrait que les créances résultant de l'aliénation des biens dotaux soient inscrites pour bénéficier de l'hypothèque légale, et propose de ne dispenser d'inscription que « le prix des aliénations des biens dotaux autorisées par le contrat de mariage » (2).

D'autres causes de créances ont soulevé la même question de savoir s'il fallait les soustraire à l'obligation de la publicité ; la Cour de *Montpellier* notamment a multiplié les observations. Ainsi, les créances se rapportant aux droits héréditaires échus à la femme et non constatés par inventaire seraient, d'après cette Cour, soumises à la publicité (3) ; ainsi encore, même Cour, pour les frais du jugement et de l'instance en séparation de biens (4) ; ainsi encore le cas où la femme devient créancière de son mari à raison d'engagements pris par elle envers des tiers (obligations prises par la femme, ventes de ses immeubles, cessions d'antériorité, subrogations à l'hypothèque légale, etc.). La Cour royale d'*Amiens* (5) et celle

(1) *Op. cit.*, II, p. 440. Nous avons vu plus haut que la question se posait de savoir si la femme avait hypothèque légale à raison de ses paraphernaux : supra : ch. II, n° 57, p. 152.

(2) *Op. cit.*, II, p. 288.

(3) P. 285.

(4) P. 286.

(5) P. 168.

de *Poitiers* (1) veulent que l'on décide que les tiers qui auront traité avec la femme seront tenus d'opérer l'inscription des créances qui résulteront de ces engagements. La loi doit « disposer que les créanciers envers qui la femme s'est obligée avec son mari ne primeront les créanciers hypothécaires de celui-ci qu'autant... qu'ils auront rendu publique par l'inscription, l'hypothèque résultant pour elle de ce qu'elle s'est obligée avec son mari, et qu'ils veulent faire valoir en son nom ». Ainsi-encore, pour l'hypothèque légale que certaines Cours attribuent au mineur sur son père, à raison de l'administration de celui-ci aux termes de l'article 389, la Cour royale de *Grenoble* propose de la soumettre à l'inscription (ce qui nous paraît rendre cette hypothèque bien fragile, personne ne pouvant guère prendre l'initiative de cette inscription), et d'autres questions de détail sur lesquelles nous passons.

69. Mais dans cet ordre d'idées la question qui a le plus vivement préoccupé les magistrats et professeurs appelés à se prononcer devait concerner nécessairement les cessions et les subrogations consenties par la femme au sujet de son hypothèque légale. Devait-on les soumettre à la publicité ? Il y avait là de trop graves intérêts en jeu pour que les Cours et Facultés n'aient pas tenu à se prononcer, et elles l'ont fait de façon très sage, devant non seule-

(1) P. 346.

ment la loi de 1855, mais encore celle de 1889. La fraude était en effet par trop facile avec une jurisprudence qui admettait que les créanciers subrogés aux droits de la femme, ou cessionnaires de ces droits, avaient le même bénéfice qu'elle et étaient dispensés de l'inscription. Les femmes étaient tentées de céder plusieurs fois leur hypothèque légale et de tromper ainsi complètement les prêteurs. Et l'on ne saurait s'étonner des paroles de Troplong à cette même époque : « Au premier rang des améliorations à introduire dans notre régime hypothécaire, l'on doit placer l'inscription des cessions d'hypothèque légale. La nécessité en est si généralement comprise qu'il devient inutile de s'y arrêter plus longtemps. » (1)

C'est là le sentiment de toutes les Cours et l'aculé, et nous n'avons à relever ici aucune divergence parmi toutes les opinions qui ont trait à la question. Toutes sont formelles pour dénoncer les fraudes que le système du Code provoquait et pour demander la publicité des cessions d'hypothèques légales. Les Cours d'*Agen* (2), d'*Aix* (3), d'*Amiens* (4), de *Besançon* (5), de *Dijon* (6), de *Grenoble* (7), de *Nancy* (8),

(1) Troplong, *Priv. et hyp.*, l. c.

(2) L. c., p. 144.

(3) P. 162.

(4) P. 168.

(5) P. 211.

(6) P. 231.

(7) P. 251.

(8) P. 301.

d'Orléans (1), de Paris (2), de Pau (3), de Poitiers (4), de Rennes (5), ; les Facultés de Dijon (6), de Poitiers (7), de Strasbourg (8), sont unanimes sur ce point. Certaines y ajoutent des précisions intéressantes. C'est Amiens qui indique le bureau auquel les inscriptions des cessions et subrogations devront être faites. C'est la Cour d'Orléans et la Faculté de Poitiers qui exigent que ces opérations ne puissent être consenties que par acte authentique. Quant aux effets de l'inscription et aux conséquences du non-accomplissement de cette formalité, on décide généralement que ces cessions et subrogations ne seront pas opposables si elles n'ont pas été rendues publiques, et que leur rang sera déterminé par la date même de l'inscription. Toutefois, sur ce dernier point, nous relevons une divergence : la Faculté de Poitiers fait remonter la date de la cession (ou de la subrogation) au jour même de l'acte, si l'inscription a été prise dans un délai de quinzaine ; et la Cour d'Amiens ajouterait à la sanction de l'inopposabilité l'obligation pour les tiers cessionnaires ou subrogés, qui n'auraient pas fait inscrire, de restituer à la femme

(1) P. 316.

(2) P. 321.

(3) P. 330.

(4) P. 344-346.

(5) P. 349-350.

(6) P. 405-408.

(7) P. 458.

(8) P. 473.

ce qu'ils auraient pu toucher par suite de l'opération non publiée.

Ainsi, les Cours et Facultés qui ne veulent pas aller jusqu'à faire dépendre l'existence de l'hypothèque légale de la formalité de l'inscription, n'en proposent pas moins des réformes utiles destinées à atténuer, sinon à anéantir, les inconvénients qui résultent du caractère occulte qu'elles estiment devoir maintenir. Un autre point important, lacune grave du Code, devait solliciter leur attention : nous voulons parler de la nécessité de faire cesser la dispense d'inscription lorsque le créancier à hypothèque légale n'est plus incapable de veiller lui-même à ses intérêts.

70. Le Code, en effet, laissait se prolonger indéfiniment au-delà de la cessation de l'incapacité le caractère occulte de l'hypothèque légale ; une tentative avait été faite par la jurisprudence des Cours d'appel pour faire admettre que la femme, redevenue capable de pourvoir à la formalité de l'inscription, devait être tenue de cette obligation. Un avis du Conseil d'Etat du 8 mai 1812 vint mettre en échec cette jurisprudence, en faisant triompher le principe que la purge de l'hypothèque légale était toujours nécessaire, après cessation de la tutelle ou du mariage ; ce qui revenait à affirmer que les effets de l'hypothèque légale se prolongeaient même alors qu'avaient complètement cessé les causes auxquelles elle devait son origine. La jurisprudence s'inclina. Or, il arrive souvent que les reprises de la femme,

les comptes de tutelle sont tardivement exigés, ou donnent lieu à de longues liquidations ; de là, pendant un temps qui peut être très considérable, le maintien d'une hypothèque clandestine, et de là, pour les tiers et les prêteurs, le danger d'être toujours exposés, nonobstant la majorité ou la dissolution du mariage, aux effets désastreux de cette clandestinité.

Aussi, sur ce point encore, rencontrons-nous la même unanimité de vues parmi toutes les Cours et Facultés ; nous ne parlons pas évidemment de celles qui exigent la publicité même pendant la durée de l'incapacité ; mais, parmi celles-là mêmes qui admettent la dispense d'inscription, aucune ne soutient qu'il faille maintenir cette dispense au-delà du terme de l'incapacité. Il faut seulement fixer à l'incapable devenu capable un délai pour opérer l'inscription ; c'est là une source de divergences entre les Cours et les Facultés, les délais variant de façon assez considérable, depuis six mois (1) jusqu'à 10 ans (2). La grosse majorité se rallie au délai d'un an, qui était celui de l'édit de 1673 (3). Cependant le délai de deux ans rallie quelques suffrages. La Cour de *Metz*, qui accorde dix ans au mineur devenu majeur, ne laisse qu'un an à la femme après la cessation du mariage ; la Cour d'*Agen* fait la même différence, mais se contente d'un délai de deux ans pour le mi-

(1) Faculté de *Dijon*, II, p. 400.

(2) Cour de *Metz*, II, p. 278.

(3) Art. 58 et 64.

neur (1). Enfin, la Cour de *Colmar* (2) distingue entre les personnes domiciliées dans la France continentale et celles qui sont à l'étranger, donnant un an aux premières, deux aux secondes.

Quelle sera la sanction de cette obligation d'inscrire dans un délai déterminé ? On en peut concevoir deux d'inégale énergie : on pourrait décider que le défaut d'inscription, après la cessation de l'incapacité, dans le délai imparti par la loi, entraînera déchéance absolue de l'hypothèque ; ou bien, on pourrait se contenter de dire que l'hypothèque perdra son rang privilégié, qu'aucun effet rétroactif ne lui sera plus accordé, et qu'elle aura pour date le jour même de l'inscription effectuée.

Ici les opinions sont très partagées : sur six Cours qui envisagent la question, trois sont favorables à la déchéance absolue [*Agen* (3), *Aix* (4), *Rennes* (5)] ; trois autres se contentent de fixer la date de l'hypothèque à la date de l'inscription prise tardivement [Cours d'*Amiens* (6), d'*Angers* (7), de *Lyon* (8)]. La seule Faculté qui se prononce (*Caen*) se rallie à cette seconde solution (9).

(1) *L. c.*, p. 187 et 188.

(2) *L. c.*, p. 218.

(3) *L. c.*, p. 143.

(4) *P.* 162.

(5) *P.* 349.

(6) *P.* 169.

(7) *P.* 187-188.

(8) *P.* 363.

(9) *Op. cit.*, II, p. 382.

71. Supposons l'hypothèque légale régulièrement existante ; quelle date conviendra-t-il de lui donner ? On sait que pour les mineurs l'article 2135 fixe une date unique qui est l'acceptation de la tutelle, et que pour les femmes, il donne date à l'hypothèque légale d'après les causes qui la produisent.

Une double question se pose pour le mineur, comme pour la femme mariée : 1° convient-il de donner une date unique, par conséquent de confirmer la loi pour le mineur, de la réformer pour la femme ? 2° à quel moment, en toute hypothèse, fixer cette date ?

Quant au mineur, un courant très net d'opinion voudrait que son hypothèque s'échelonnât à la date des faits qui lui donnent naissance ; en ce sens les Cours d'*Angers* (1), de *Bastia* (2), de *Dijon* (3). La Cour de *Nîmes* ne se prononce pas expressément ; mais en demandant qu'il n'y ait d'hypothèques légales opposables aux tiers que les hypothèques inscrites, et seulement à leur date, elle résout implicitement la question dans le même sens que les Cours précédentes. En revanche, les Facultés sont d'avis contraire, au moins les trois Facultés de *Caen*, de *Dijon* et de *Grenoble*, qui demandent le maintien de la date unique, mais qui diffèrent sur sa détermination. Tandis que la Faculté de *Dijon* s'en tient à l'article 2135 (date de l'ouverture de la tutelle), la Faculté de *Caen*

(1) II, p. 182.

(2) II, p. 207.

(3) P. 233-234.

veut qu'on n'accorde au mineur hypothèque légale que du jour où commence pour le tuteur l'obligation de gérer ; et la Faculté de *Grénoble*, pour éviter que, dans cette hypothèse, le tuteur ne retarde volontairement l'effet de l'hypothèque, voudrait que cette date fût fixée par la loi.

Pour l'hypothèque légale des femmes mariées, une seule opinion, celle de la Faculté de *Caen*, serait favorable au système de la date unique et ferait remonter cette hypothèque au jour du mariage, sauf lorsqu'elle proviendrait d'un fait personnel de la femme. Tous les autres avis sont contraires, mais avec des divergences sur le sens de l'article 2135, qui ne parle que *du jour du mariage*. S'agit-il du jour du contrat ou de celui de la célébration ? Du jour du contrat, répondent les Cours de *Metz* et de *Rouen* ; du jour de la célébration, répondent en beaucoup plus grand nombre les Cours d'*Amiens*, d'*Angers*, de *Douai*, de *Grenoble* et de *Pau*, et les Facultés de *Caen* et de *Dijon*. Deux Cours, *Agen* et *Montpellier*, proposent un système mixte fixant un délai à partir du contrat, délai dans lequel la célébration devrait être faite pour que l'hypothèque prenne rang du jour du contrat. Ce délai expiré, l'hypothèque n'aurait que la date de la célébration.

Nous en aurions fini avec cette longue question des hypothèques légales, s'il ne fallait en terminant jeter un coup d'œil sur les observations auxquelles a donné lieu une question qui ne laisse pas de pré-

senter quelques difficultés : celle de la réduction ou de la limitation de l'hypothèque légale.

72. L'article 2140 autorise les parties majeures à décider dans le contrat « qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari ; les immeubles qui ne seraient pas indiqués dans l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales ». De la rédaction même de l'article, il ressort que seules les parties majeures ont cette faculté. C'est là, d'après certaines Cours et Facultés, une contradiction flagrante avec les articles 1309 et 1398. Reprenant pour les combattre les observations de Malleville et de Cambacérès, qui avaient soutenu le texte du Code, la Cour d'*Angers* (1) remarque que, mineures ou majeures, les parties sont presque toujours assistées de leurs parents, et que les deux situations ne diffèrent guère. En permettant plus facilement cette restriction, peut-être amoindrirait-on les effets critiquables de cette hypothèque exorbitamment privilégiée. « Il est toujours avantageux, indique dans le même sens la Cour d'*Angers*, que dès le jour du mariage tout soit réglé d'avance pour que les discussions pécuniaires ne viennent pas troubler l'harmonie du ménage. » (2) Les Cours de

(1) T. II, p. 165.

(2) T. II, p. 198.

Metz (1) et de *Paris* (2), les Facultés de *Paris* (3) et de *Grenoble* (4) arrivent aux mêmes conclusions.

Une Faculté, celle de *Caen*, critique, en sens contraire, le système du Code, et voudrait que, ni par le contrat de mariage (5) ni par l'acte de nomination du tuteur (6), on ne puisse réduire l'hypothèque légale. La précision du Code : « qu'il ne pourra être stipulé qu'il ne sera pas pris d'hypothèque » ne lui paraît pas suffisante ; le caractère d'ordre public de l'hypothèque légale serait, d'après cette Faculté, un obstacle absolu à ce qu'on puisse y toucher et même la réduire. Dans un sens tout à fait opposé, la Faculté de *Paris* admettrait qu'on puisse stipuler qu'il n'y aura pas d'hypothèque légale, mais en exigeant que cette clause soit soumise à l'approbation et à l'homologation du Tribunal, qui pourra exiger soit une stipulation d'hypothèque, soit d'autres garanties.

73. Au cours du mariage ou de la tutelle, le Code autorise aussi la réduction de l'hypothèque ; sur ce point, signalons quelques observations de détail : la Cour de *Pau* voudrait que l'on mentionnât l'interdit (7) ; la Cour de *Metz*, que l'on simplifiât les formalités de la réduction, tant pour le mineur que pour

(1) T. II, p. 278.

(2) T. II, p. 322-323.

(3) T. II, p. 443.

(4) T. II, p. 368.

(5) T. II, p. 377.

(6) T. II, p. 382.

(7) T. II, p. 323.

la femme (1), et la Cour de *Dijon*, pour la femme seulement (2), préoccupation à laquelle semble répondre la Faculté de *Strasbourg*, qui désire que les demandes en réduction soient jugées sommairement. La Cour de *Grenoble* s'occupe de la réduction demandée par le père, administrateur légal des biens de son enfant, et tenu comme tel (dans l'hypothèse d'une réforme), hypothécairement sur tous ses biens : ce père serait autorisé à demander la restriction sans délibération du conseil de famille, après avis motivé du juge de paix (3).

Plus généralement, la question qui se pose dans cet ordre d'idées est celle de savoir si, au lieu d'une restriction comme l'entend la loi, il ne serait pas préférable d'autoriser le mari à dégrever certains immeubles. Le résultat pratique serait le même ; mais on en arriverait ainsi, d'après certaines Cours, à des simplifications. Cette tendance se manifeste assez souvent (4). Les raisons fournies sont d'ailleurs assez sommaires et peu concluantes.

Contrairement à la tendance signalée plus haut, qui permettait aux mineurs de restreindre l'hypothèque légale dans le contrat de mariage, la Cour d'*Angers* refuserait à l'épouse mineure le droit d'y con-

(1) T. II, p. 278.

(2) T. II, p. 230.

(3) T. II, p. 257.

(4) Voyez Cours d'*Amiens*, II, p. 169 ; de *Dijon*, II, p. 230-231 Facultés de *Caen*, 372-378 et 382-383 ; de *Strasbourg*, p. 473.

sentir pendant le mariage (1). Un certain nombre de Cours ne voudraient pas que le consentement de la femme fût indispensable à cette restriction et que le mari fût ainsi paralysé par le mauvais vouloir de cette dernière ; ainsi les Cours d'*Amiens* (2), de *Dijon* (3), de *Pau* (4) et de *Rennes* (5), permettent au mari de la demander directement au Tribunal ; de même les Facultés de *Paris* (6), de *Strasbourg* (7) et de *Caen* (8) ; mais celle-ci restreint assez la facilité plus grande qu'elle entend donner au mari ou au tuteur, en exigeant, pour que ces derniers puissent se pourvoir en dégrèvement, qu'ils prennent l'avis des parents de l'incapable réunis en conseil de famille. Signalons enfin, en cette matière, un dernier point intéressant : la Faculté de *Grenoble*, qui admet, comme on le sait, le système de la nécessité de l'hypothèque légale, demande que l'on accorde aux créanciers et aux acquéreurs tant du mari (9) que du tuteur (10), la faculté de demander la restriction de l'hypothèque légale au lieu de purger cette hypothèque.

Telles sont, dans leurs grandes lignes, les obser-

1) *L. c.*, II, 199-200.

(2) *Op. cit.*, II, 169.

(3) II, 230.

(4) II, 333.

(5) II, 350.

(6) II, p. 443.

(7) II, p. 474.

(8) II, p. 377.

(9) II, p. 425-426.

(10) II, p. 436.

vations de l'Enquête de 1841, en matière d'hypothèques légales : nous n'avons pas eu la prétention de tout dire, ni d'exposer de façon absolument complète tous les renseignements que peuvent fournir les trente-trois copieuses dissertations fournies par sept Facultés et vingt-six Cours royales ; nous avons tenu surtout à mettre en lumière les réformes proposées, négligeant davantage la partie purement critique pour fixer les solutions positives auxquelles ont abouti les Assemblées enquêtées, ne craignant pas, ainsi qu'on l'a vu, d'entrer par moments dans d'assez nombreux détails pratiques, un peu fastidieux peut-être, mais que nous avons jugés indispensables, dans une matière faite surtout de détails.

X

74. Par là, nous avons terminé l'étude, en quelque sorte morphologique, des trois sortes d'hypothèques ; il nous faut maintenant examiner comment on a prétendu en 1841 organiser, de façon générale, la publicité, ce qui nous amène à une division toute naturelle des questions à discuter : d'une part, celles relatives à la formalité même de l'inscription ; d'autre part, celles qui concernent le renouvellement de cette inscription.

Le siège de la législation sur la matière se trouve

au Code au chapitre VII et spécialement à l'article 2148. Cet article énumère certaines formalités que le créancier a la charge d'exécuter pour opérer l'inscription : elles consistent à présenter au conservateur des hypothèques l'original du brevet, ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. A cette présentation, le créancier doit joindre deux bordereaux qui jusqu'en 1900 devaient être écrits sur papier timbré, mais que la loi du 27 juillet 1900 a dispensés de cette obligation. Ces bordereaux doivent contenir un certain nombre d'indications énumérées par la loi : nom et domicile du créancier et du débiteur, date et nature du titre, le montant du capital des créances ou, suivant les cas, leur évaluation ainsi que les accessoires de ces créances et l'époque de leur exigibilité ; enfin, sauf dans le cas d'hypothèque légale et judiciaire, les précisions nécessaires pour spécialiser l'hypothèque sur des immeubles déterminés.

Sur cet article, une double question peut se poser : les formalités qu'il indique restant en l'état, doivent-elles être toutes sanctionnées de nullité, ou doit-on distinguer entre elles ? et, d'autre part, convient-il de modifier ces formalités elles-mêmes, d'en supprimer certaines, d'en ajouter d'autres ? A ce double point de vue, il faut interroger l'enquête.

75. Sur le premier point, certaines Cours et Facultés se montrent très fermement opposées à toute mo-

dification, et, à leur tête, la *Cour de cassation* (1) : « Il est arrêté par la Cour : que les dispositions du Code civil qui déterminent les formalités des inscriptions hypothécaires sont sages et qu'il serait plutôt nuisible qu'utile d'y faire des changements. »

De même pour la Cour d'*Angers* (2). De même pour la Cour de *Nîmes*, qui estime la jurisprudence suffisamment établie (3). De même encore pour la Cour de *Rennes*, qui pense « qu'il y a prudence à rester dans le statu quo » (4). De même enfin pour la Cour de *Toulouse*, dont nous avons signalé déjà les tendances conservatrices.

La jurisprudence à laquelle font allusion les Cours de *Nîmes* et de *Rennes* avait été à ce sujet quelque peu flottante : au lendemain de la promulgation du titre des hypothèques, elle avait décidé avec rigueur, mais non sans raison, que l'article 2148 ne faisant aucune distinction, il convenait de considérer toutes ses dispositions comme irritantes et de sanctionner par la nullité l'inobservation de l'une quelconque des formalités exigées. Cette jurisprudence fut fixée par un arrêt de la Cour suprême, rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général Daniels (5). La Cour était ensuite revenue sur sa décision, et par une distinction quelque peu arbitraire, avait vu dans l'ar-

(1) II, p. 476.

(2) II, p. 498.

(3) II, p. 523.

(4) II, p. 529.

(5) Sirey, Coll. nouv., II, I. 376.

ticle 2148 deux catégories de formalités : les formalités substantielles et les formalités secondaires (1). Et elle avait encore ajouté à cet arbitraire en n'établissant pas, comme du reste il lui eût été difficile de le faire, une classification définitive de ces deux sortes de formalités (2). On trouvait cependant posé ce critérium, dans certains arrêts, que l'inobservation des formalités exigées par la loi ne doit entraîner la nullité de l'inscription hypothécaire que lorsque cette inobservation de la loi peut causer préjudice aux tiers. C'est de cette jurisprudence, d'ailleurs assez généralement admise, que se contentaient les Cours que nous venons de citer ; elle paraît au contraire n'avoir pas satisfait les autres Assemblées qui, dans une mesure variable, concluent à des réformes sur ce point.

76. Beaucoup d'Assemblées penchent pour la nullité facultative restreinte au cas où le préjudice sera établi. La loi se résumerait alors dans le vieil adage : Pas de nullité sans grief. Et à l'appui de cette solution, c'est toujours ce même raisonnement qu'on invoque : on ne saurait poser de règles fixes ; une omission nuisible dans un cas ne le serait pas dans un

(1) Ce retour eut lieu deux ans après par un arrêt de la Chambre civile du 15 mars 1809 rendu sur les conclusions de Merlin. Sirey, Coll. nouv., III, I, 156.

(2) Cette distinction faisait d'ailleurs la part très large aux nullités ; un arrêt de 1835 considère l'élection de domicile comme substantielle. Cass., 6 janvier 1835, S. 1835-I-5. Il souleva d'ailleurs une vive opposition : Cf. Troplong : Réponse à l'arrêt du 6 janvier 1835, en Sirey, 35-II-130. Cf. Aussi Aubry et Rau, III, p. 350.

autre, une omission qui trompe telle personne ne tromperait pas telle autre (1).

Les magistrats dissidents de la Cour de *Montpellier* dont nous venons de citer l'avis en note, se rencontrent dans leur opposition avec d'autres observations, non moins énergiques, en leur sens, que celles que nous venons de citer : c'est surtout la Cour d'*Angers* et la Faculté de *Strasbourg* qui repoussent un pareil principe : celle-ci y voit une source de contestations et de difficultés, qui rendraient la situation de chaque immeuble incertaine. Mieux vaut s'en tenir à la distinction jurisprudentielle de formalités substantielles et secondaires (2).

77. Les autres Cours, assez nombreuses, ainsi que les Facultés qui combattent l'application de la maxime : point de nullité sans grief, ne veulent pas se contenter comme la Cour d'*Angers* de s'en remettre à la jurisprudence du soin de distinguer les formalités substantielles et secondaires. Elles veulent que la loi fixe limitativement les formalités substantielles et qu'elle pose formellement la sanction de leur omission qui ne peut être que la nullité. Quant aux formalités secondaires, on laisserait pleins pouvoirs aux Tribunaux et ici les avis se différencient à l'infini de-

(1) C'était la thèse soutenue par Troplong dans la note que nous avons citée. Voyez en ce sens, les Cours de *Lyon* (p. 510), de *Paris* (p. 528), de *Pau* (p. 531), de *Bastia* (p. 500-501), d'*Orléans* (p. 525), et aussi celle de *Montpellier*, « mais non, ajoute cette Cour, sans une vive opposition ».

(2) Voyez pages 497-498, et p. 561.

puis une rigueur extrême (1) jusqu'à la plus large interprétation (2).

78. Nous ne saurions davantage entrer ici dans les détails trop nombreux qu'exigerait l'analyse des opinions émises sur chacune des formalités, pour savoir si ces formalités seront considérées comme substantielles ou secondaires. Ici, une sèche énumération est seule possible, simplement à titre d'indication ; ainsi la désignation du créancier est considérée comme substantielle par les Cours d'*Agen* (3), d'*Amiens* (4), de *Bordeaux* (5), de *Douai* (6), de *Metz* (7), de *Poitiers* (8), de *Riom* (9), par les Facultés de *Grenoble* (10) et de *Rennes* (11). Au contraire, elle n'est considérée que comme formalité secondaire par les Cours d'*Aix* (12), de *Bastia* (13), de *Rouen* (14). L'élection de domicile n'est jugée substantielle que par la Cour de *Montpellier* et la Fa-

(1) Ainsi Faculté de *Caen*, qui ne se contente pas de la simple nullité, mais veut qu'il y ait là une cause de dommages-intérêts et que la responsabilité du conservateur soit engagée.

(2) Ainsi Cour d'*Amiens* qui va presque jusqu'à la doctrine de la jurisprudence en admettant qu'il n'y aura nullité que si l'omission de la formalité a empêché un créancier postérieur de se renseigner.

(3) II, p. 477.

(4) P. 491.

(5) P. 503.

(6) P. 505.

(7) P. 511.

(8) P. 538.

(9) P. 540.

(10) P. 557.

(11) P. 562.

(12) P. 483-484.

(13) P. 501.

(14) P. 545-546.

culté de *Caen*. Sur la désignation du débiteur et sur le montant de la créance, ainsi que sur l'indication de l'espèce et de la situation des biens, l'unanimité se fait pour reconnaître à ces formalités le caractère substantiel. Deux Cours et une Faculté seulement considèrent comme substantielle la désignation de la date et de la nature du titre (1). Enfin l'époque de l'exigibilité n'est jugée nécessaire à indiquer que par les Cours de *Riom* (2) et d'*Angers* (3), ainsi que par la Faculté de *Strasbourg* (4).

79. Des innovations plus intéressantes et plus profondes ont été proposées qui doivent nous retenir un instant avant que de laisser cette question des formalités de l'inscription. De façon générale, on n'a pas songé à changer le mode de publicité lui-même, et on conserve l'inscription. Cependant la seule Cour d'*Aix* désirerait pour plus de sûreté que l'inscription fût remplacée par la transcription littérale (5). Solution que combat énergiquement la Cour de *Poitiers* (6) ; « La loi n'exige pas, avec juste raison, la formalité de la transcription ; car l'obligation purement mobilière n'est pas susceptible des mêmes modifications que la transmission de la propriété immobilière... »

(1) Faculté de *Strasbourg*, p. 562 ; C. de *Montpellier*, p. 513 ; C. de *Riom*, p. 540.

(2) *Loc. cit.*

(3) P. 499.

(4) *Loc. cit.*

(5) II, p. 489.

(6) II, p. 558.

80. En dehors de ce point tout spécial, deux autres idées méritent d'être soulignées. L'une, qui est surtout intéressante par ce qu'elle contient en germe de profondément novateur, est défendue par la Faculté de *Caen* (1) et les quatre Cours royales d'*Amiens* (2), de *Lyon* (3), de *Montpellier* (4) et de *Poitiers* (5). On se rappelle que la Faculté de *Caen* et la Cour de *Montpellier* avaient conclu à une publicité réelle au lieu d'une publicité personnelle (6). C'est à une préoccupation analogue qu'obéissent les Assemblées que nous venons de citer, lorsqu'elles demandent que le cadastre devienne l'instrument de la publicité : on indiquerait d'après cela, les immeubles grevés par les numéros des parcelles du cadastre. Toutes les autres Cours et Facultés sont muettes sur ce point, sauf la *Cour de cassation* qui s'élève au contraire avec énergie contre cette prétention, et c'est à l'unanimité qu'elle décide qu'il n'y a pas lieu de délibérer à ce sujet : nous avons cité les paroles mêmes de son rapport (7).

81. L'autre idée, plus spéciale, mais intéressante cependant, n'est envisagée que par deux Facultés et concerne la désignation du titre lui-même : la Faculté

(1) II, p. 553-554.

(2) II, p. 491.

(3) P. 510.

(4) P. 515.

(5) P. 537.

(6) V. Documents, I, p. 409, et *supra*, n° 18.

(7) II, p. 475. *Vide supra*, n° 18.

de *Rennes* et celle de *Caen* se préoccupent de donner à cette formalité une utilité pratique, en permettant aux intéressés de profiter de cette mention : or, ils en profiteront quand celle-ci leur permettra de retrouver le titre et d'en prendre connaissance ; en ce sens la Faculté de *Caen* préférerait qu'au lieu d'indiquer la nature du titre, on indiquât le dépositaire de la minute de ce titre (qui serait toujours authentique). Ce dépositaire serait obligé d'en donner communication à toute personne intéressée. Et la Faculté de *Rennes* fait observer, dans ce même ordre d'idées, que la loi de ventôse an XI fait défense aux notaires de donner communication des actes par eux reçus à d'autres qu'aux parties et qu'à leurs ayants cause. Dès lors, la date du titre aura beau être indiquée dans l'inscription, les tiers ne pourront en vérifier le contenu (1). Et la Faculté de *Rennes*, précisant davantage, demande que la prohibition de la loi de ventôse soit modifiée.

82. L'inscription une fois prise de façon régulière, va-t-elle avoir un effet indéfini, jusqu'à sa radiation, ou au contraire sera-t-elle soumise à un renouvellement périodique ? Ici encore, il faut signaler des divergences nombreuses.

Nous aurons l'occasion de voir en étudiant des projets plus récents que cette nécessité du renouvelle-

(1) Sur cette question de la communication des actes notariés, on consultera l'excellente thèse de M. Roques, Toulouse, Rivière, 1905.

ment décennal a été vivement critiquée, et que sa suppression a été décidée dans plusieurs de ces projets. Or, aucun des avis recueillis dans l'enquête ne conclut à cette suppression : toutes les Cours et Facultés veulent que l'inscription soit périmée, si elle n'est pas réinscrite dans un délai à fixer.

Ce n'est pas que les observations présentées méconnaissent les inconvénients qui s'attachent à la nécessité du renouvellement : on ne peut les exprimer plus énergiquement que ne le fait la Cour de *Colmar*, par exemple, ou celle de *Rennes* qui cependant conclut à son maintien : certaines n'ont l'air de ne l'admettre qu'à contre-cœur, déclarant avec la Cour de *Paris* (1), qu'il leur semblerait plus logique de supprimer cette disposition, ou constatant, avec cette même Cour de *Rouen*, que certaines législations étrangères ont banni le renouvellement de leur régime hypothécaire sans paraître en avoir éprouvé des désavantages. Toutes aboutissent cependant au même résultat : le renouvellement doit être maintenu. Ainsi la Cour d'*Agen* (2), celle d'*Aix* (3), celle de *Colmar*, qui résume assez bien les motifs généraux de son opinion, motifs qui, comme on le pense, ont été reproduits par toutes les observations : la Cour redoute les complications qui naîtraient de l'obligation de conserver les registres pendant si longtemps, les respon-

(1) II, p. 628.

(2) II, p. 564-565.

(3) 569-570.

sabilités qui vont peser sur le conservateur, etc. (1). De même la Cour de *Grenoble*, celle de *Paris* (2), qui n'invoque comme motif de sa décision que la crainte de provoquer une transition trop brusque, la Cour de *Rouen* (3), qui fait les mêmes réserves, et parmi les Facultés, la Faculté de *Rennes* et surtout celle de *Strasbourg* (4).

83. L'inscription hypothécaire sera donc soumise au renouvellement ; mais si sur ce point aucune divergence ne se produit, il n'en est plus de même quand il s'agit de fixer la durée du délai dans lequel ce renouvellement doit avoir lieu.

Du reste, si nous mettons à part la Cour de *Paris* qui s'arrête à un délai de 20 ans, nous constatons que les observations se partagent entre deux délais seulement : celui de 10 ans qui n'est que le maintien du régime du Code et le délai de 30 ans. Les avis sont répartis de façon à peu près égale. Neuf Cours, en effet, demandent le premier délai, et neuf Cours aussi le second (5). Quant à la Cour d'*Angers*, elle adopte

(1) II, p. 598.

(2) P. 628.

(3) P. 647.

(4) P. 668-669.

(5) Pour le renouvellement trentenaire : *Amiens* (p. 573), *Angers* (p. 576), *Bastia* (p. 586), *Douai* (p. 596), *Grenoble* (p. 598), *Montpellier* (p. 616-617), *Nancy* (p. 617-620), *Poitiers* (638-642), *Riom* (p. 644-645), *Rouen* (646-647) ; pour le renouvellement décennal : Cours d'*Agen* (p. 665), d'*Aix* (p. 670), de *Bordeaux* (p. 588-589), de *Colmar* (p. 590), de *Dijon* (p. 593), de *Limoges* (p. 602-603), de *Lyon* (p. 604-606), d'*Orléans* (p. 625), de *Pau* (p. 630).

un système mixte qui accorde un délai de 30 ans pour le renouvellement de l'hypothèque légale, mais qui fixe à 10 ans le délai du renouvellement de l'inscription ordinaire. Les Facultés sont en grosse majorité favorables au système ancien. Quatre d'entre elles concluent au renouvellement décennal (1) ; seule la Faculté de *Dijon* soutient le renouvellement trentenaire (2).

84. Mais ce renouvellement pourra, à un moment donné, devenir inutile : « L'inscription de l'hypothèque et du privilège, dit très clairement M. Vigié, doit être renouvelée tant que le créancier investi doit en conserver les effets à l'égard des tiers ; mais si l'hypothèque ou le privilège ont produit leurs effets légaux, à quoi servirait l'inscription ? Le créancier n'a plus le droit de la faire opérer. » (3)

Ainsi, certains événements peuvent se produire à la suite desquels l'inscription préexistante vient à être en quelque sorte fixée définitivement ; on dit alors que l'inscription a produit son effet, et cela est exact en ce sens que, par elle, les droits et le rang des droits du bénéficiaire de l'inscription sont déterminés de façon définitive sans qu'aucun événement puisse venir les altérer. « En général, nous pouvons dire, continue M. Vigié, que toutes les fois que le

(1) *Caen* (p. 655), *Grenoble* (p. 661), *Poitiers* (p. 664), *Strasbourg* (p. 669).

(2) P. 647.

(3) Vigié, *op. cit.*, 3^e édit., t. II, p. 1248, n° 2561.

droit hypothécaire sera reporté sur le prix de la chose pour ne plus frapper la chose elle-même, l'hypothèque aura produit son effet légal, l'inscription n'aura pas besoin d'être renouvelée. » L'aliénation de l'immeuble hypothéqué fait se produire normalement l'effet de l'inscription. Mais s'il est facile de concevoir la règle générale, il est moins facile d'arriver à fixer l'époque à laquelle il faudra décider que l'inscription a produit son effet, et, par voie de conséquence, à partir de laquelle elle ne sera plus nécessaire.

Il convient de se placer dans deux hypothèses (1) : le cas d'une aliénation par suite de saisie immobilière, le cas d'une vente volontaire.

La question, d'ailleurs, dans les deux cas est encore loin d'être vidée ; et aujourd'hui, comme en 1840, les divergences sont permises dans le silence de la loi. Il faudrait qu'une décision législative vînt mettre fin aux hésitations de la jurisprudence ; et c'est là le vœu de toutes les Cours et Facultés, à l'exception toutefois de la seule Cour de *Limoges*, qui estime que la question doit rester dans le domaine de l'interprétation jurisprudentielle, toute disposition qui viendrait lier les mains aux magistrats devant constituer aux yeux de cette Cour un danger grave (2).

En 1840, la jurisprudence semblait s'être ralliée à peu près au point de vue suivant : le renouvellement

(1) La loi du 3 mai 1841 crée une troisième situation dans laquelle la question se pose : l'expropriation pour cause d'utilité publique ; les documents de l'enquête n'en parlent évidemment pas.

(2) *Op. cit.*, p. 604, t. II.

de l'inscription cesse d'être obligatoire à partir du jugement d'adjudication (1) ; et la doctrine appuyait en ce sens la jurisprudence (2). Au moment de l'adjudication, en effet, le cours des inscriptions est arrêté (3), d'une part, et d'autre part, l'adjudicataire devient débiteur personnel et direct envers les créanciers inscrits : l'hypothèque a donc à ce moment produit son effet légal ; la publicité, qui avait pour but de faire connaître les charges immobilières, devient dès lors sans intérêt, et le renouvellement serait superflu. Comme le dit très bien la Cour d'*Agen* : « Une inscription renouvelée postérieurement à l'adjudication, ne frapperait plus la chose du débiteur, mais celle de l'adjudicataire. » (4)

Ce sont ces considérations qui déterminent cette Cour, avec celles d'*Aix* (5), de *Bastia* (6), de *Lyon* (7), de *Metz* (8), de *Nancy* (9), de *Pau* (10), de *Poitiers* (11),

(1) Toulouse, 18 juin 1830, S. 1830-II-364 ; Req., 14 juin 1831, J. G. V. Priv. et Hyp., n° 1679, 1° ; Civ. cass., 20 décembre 1831, J. G., *eod. verbo*, n° 667.

(2) Grenier, I, 108 ; Troplong, III, 717 ; Duranton, XX, 163.

(3) Il faut remarquer que nous sommes en 1840, donc antérieurement à la loi de 1855 : cette loi contredit en partie l'argument que nous invoquons, puisqu'elle décide que le jugement d'adjudication n'arrête pas l'inscription du chef du saisi. L. 23 mars 1855, art. 1, n° 4.

(4) II, p. 568

(5) II, p. 571.

(6) P. 585-586.

(7) P. 612.

(8) P. 613-614.

(9) P. 620-622.

(10) P. 630-632.

(11) P. 635 et suiv.

ainsi que les Facultés de *Caen* (1), de *Dijon* (2), et de *Poitiers* (3), à décider dans le même sens que la jurisprudence, c'est-à-dire que le jugement d'adjudication fixant le prix, dispense du renouvellement de l'inscription.

Mais une surenchère ou une folle enchère peuvent tout remettre en question : aussi la Cour de *Dijon* estime-t-elle que l'inscription n'a produit complètement son effet qu'après expiration du délai de surenchère (4). Mais le plus grand nombre des Cours que nous venons de citer ne veulent pas tenir compte de la possibilité d'une surenchère « parce que, dit la Cour d'*Agen* (5), elle touche presque à l'adjudication et qu'elle change seulement le propriétaire nouveau qui succède aux mêmes obligations », et avec la Cour d'*Aix*, les Cours d'*Agen*, de *Lyon*, de *Pau*, et la Faculté de *Poitiers* négligent la surenchère pour s'en tenir simplement au jugement d'adjudication. Le reste des Cours et Facultés que nous avons vues approuver la jurisprudence, pencherait plutôt à retarder ce moment, soit, comme la Cour de *Dijon*, à l'expiration du délai de surenchère, soit, comme la Faculté de *Poitiers*, au jugement sur surenchère, s'il a lieu, au jugement de la première adjudication, dans le cas contraire. Mais, sans aucune exception, toutes les

(1) P. 656.

(2) P. 651.

(3) P. 664 et suiv.

(4) II, p. 594.

(5) P. 573.

Cours sont d'avis qu'il n'y a pas à tenir lieu de la folle enchère.

Plus rigoureuses, d'autres Cours, et la Faculté de *Strasbourg*, voudraient maintenir l'obligation du renouvellement jusqu'à l'ouverture de l'ordre : « En cas d'expropriation forcée, l'immeuble, devenu la propriété de l'adjudicataire, est susceptible de recevoir du chef de celui-ci des hypothèques nouvelles, ou d'être revendu ; la publicité des hypothèques préexistantes doit donc se continuer » (1).

Cette raison détermine avec la Cour de *Grenoble* et la Faculté de *Strasbourg*, les Cours de *Besançon*, *Riom* et *Orléans*. Mais cette date ne paraît même pas suffisante à la Cour d'*Angers* qui, ainsi que les Cours de *Nîmes* et de *Toulouse*, retarderait jusqu'à la clôture de l'ordre. Enfin, renchérissant encore, la *Cour de cassation*, suivie de quatre Cours royales : *Bordeaux*, *Douai*, *Paris*, *Rouen*, ainsi que de certains membres dissidents des Cours de *Nîmes* et de *Toulouse*, ainsi encore que des Facultés de *Rennes* et de *Grenoble*, pense que l'inscription doit être renouvelée jusqu'à ce que le montant de la dette soit payé, ou consigné. Ce n'est qu'alors, en effet, d'après les Cours et les Facultés, que l'inscription n'offrira plus d'utilité.

En sens contraire, et avançant le délai au lieu de le reculer, nous trouvons deux Cours seulement (*Col-*

(1) Cour de *Grenoble*, p. 599.

mar et *Rennes*), qui fixeraient l'époque à laquelle l'inscription serait censée avoir produit son effet, au moment de la notification aux créanciers, soit de la saisie, dans le cas d'expropriation forcée, soit des extraits mentionnés à l'article 2183, lorsqu'il s'agit de ventes à l'amiable.

Cette date de la notification des extraits de l'article 2183 aux créanciers est acceptée, au cas de vente volontaire par d'autres Assemblées ; et c'est bien là, en effet, le moment qui nous paraît le mieux choisi, puisque, par ces notifications, les droits des créanciers hypothécaires se transforment et se trouvent être reportés sur le prix. Mais ce n'est pas là la seule solution qui ait été proposée pour la vente à l'amiable. Les divergences sont aussi nombreuses que dans l'hypothèse d'une saisie immobilière : transcription du contrat, notifications aux créanciers (article 2183), mention de cette notification en marge de la transcription, expiration du délai de surenchère, jugement d'adjudication en cas de surenchère ou d'expropriation de l'acquéreur qui n'a pas payé son prix ; tous ces actes, tous ces moments de l'évolution de la purge sont tour à tour proposés, discutés, admis ou rejetés suivant les cas, sans qu'on puisse dégager une tendance vraiment dominante. Nous pouvons nous borner à ces brèves explications.

XI

85. Nous avons ainsi parcouru la partie principale du plan que, dans ce chapitre, nous nous étions assigné ; mais nous ne saurions négliger toutefois, deux ou trois points de première importance sur lesquels insistent avec plus ou moins de détails les documents que nous étudions. Il y a donc lieu maintenant, pour compléter cette étude, d'analyser, d'une part, les observations présentées par les Cours et Facultés en matière de purge, d'exposer les solutions proposées pour le cas de concours d'hypothèques générales et d'hypothèques spéciales, et de voir enfin les tentatives qui ont été faites, en vue d'une facilité plus grande à donner au Crédit hypothécaire.

Sur la purge, nous examinerons les observations des Cours et Facultés à deux points de vue : 1° qui peut purger ; 2° formalités de la purge.

La première question a reçu beaucoup moins de développement que la seconde ; elle offrait, en effet, moins de difficultés ; mais il semble que les Cours et Facultés aient tenu malgré tout, trop peu de compte des problèmes assez délicats que la question peut soulever.

C'est ainsi que nous ne trouvons qu'une Faculté pour s'occuper de la difficulté grave qui se produit lorsqu'un acquéreur, sous condition résolutoire, veut

purger. Le peut-il ? Aucune Assemblée ne répond, sauf celle de *Caen*, qui, du reste, présente sur toute la question de la purge le rapport le plus complet et le plus minutieux. Et cette Faculté conclut en déclarant la purge interdite aux acquéreurs sous condition résolutoire. Point de vue très discutable : car enfin, de ce que l'acquéreur est sous le coup d'une action résolutoire, il n'en reste pas moins qu'il a provisoirement tous les droits du propriétaire, donc qu'il peut purger. Cette purge n'aurait d'ailleurs d'effet que quant à lui, et ne pourrait profiter au propriétaire primitif, si celui-ci, par suite de la réalisation de la condition, se trouve à nouveau en possession de sa chose (1).

Tout aussi discutable, à coup sûr, est la solution préconisée par la Cour d'*Amiens* qui réclame le bénéfice de la purge pour les constitutions d'usufruit, d'usage, d'habitation, de servitude, pour les baux... etc... Sauf pour le droit d'usufruit, cette opinion est très contestable, car il est évident qu'on ne saurait accorder le droit de purge qu'à deux conditions : que la chose acquise reste susceptible d'hypothèque (puisque c'est à titre de tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué que l'on peut opérer la purge), et que la chose acquise soit susceptible d'être vendue aux enchères (car la purge entraîne pour les créanciers le droit de surenchérir).

(1) Voir sur cette question : Vigé, *op. cit.*, t. II, p. 1311 et 1312, 3^e édition.

Un autre point intéressant concerne l'extension de la faculté de purger aux prêteurs de deniers. Ne serait-il, pas juste, en même temps qu'utile au crédit de permettre la purge au prêteur aussi bien qu'à l'acquéreur ? La Cour de *Nancy* est la seule à se poser la question, encore que de façon incidente, et lui donne d'ailleurs une solution affirmative.

86. Les questions que soulèvent les formalités et les conditions de la purge sont autrement nombreuses et ont appelé des observations plus considérables.

Mettons à part tout d'abord l'avis de la *Cour de cassation* et des trois Cours royales de *Douai*, *Rennes* et *Toulouse* qui ne voient aucun changement à faire dans cette procédure. La Cour de *Pau* n'a pas grande confiance dans les améliorations proposées, mais reconnaît les défauts du système actuel (1).

Le Code instituant deux catégories d'hypothèques, les unes publiques, les autres occultes, devait, en conséquence, organiser une procédure différente pour les hypothèques soumises à l'inscription et pour celles qui en étaient dispensées. Cette distinction disparaît forcément dans le système des Cours et Facultés qui ont préconisé la nécessité de l'inscription pour toute hypothèque. Ces Assemblées s'en félicitent hau-

(1) Indiquons une fois pour toutes que les observations relatives à la purge des hypothèques, sont contenues au tome II de l'ouvrage de Martin du Nord, p. 672 à 827. Nous croyons inutile de multiplier les références.

tement (ainsi les Cours de *Bastia*, de *Lyon* et de *Nîmes*). Quant aux autres Assemblées, elles conservent nécessairement la division du Code.

Il convient de ne pas oublier que nous nous trouvons, au moment de l'enquête, sous le régime du Code civil et du Code de procédure : la transcription du titre de celui qui veut purger donne ouverture à un délai de quinzaine au cours duquel les créanciers du chef du précédent propriétaire pouvaient valablement s'inscrire sur l'immeuble : c'était donc là, en quelque sorte, le premier acte de la purge.

De là, une première série de réclamations : si l'acquéreur fait les notifications de l'article 2183 immédiatement après la transcription, il omettra évidemment les créanciers qui s'inscrivent dans la quinzaine : l'article 835 le dispense, en effet, d'interpeller les créanciers qui ont été inscrits après la transcription : de là, une inégalité choquante et que rien ne saurait expliquer ; aussi la Faculté de *Caen* et quelques Cours royales demandent que la notification n'ait lieu qu'après la quinzaine de la transcription pour mettre les créanciers inscrits en mesure de surenchérir ; Cours d'*Angers*, de *Bordeaux*, de *Grenoble*, d'*Orléans*, de *Poitiers* : « Il est difficile, dit cette dernière, en citant Grenier, de justifier une telle inégalité entre des créanciers qui ont cependant les mêmes droits. Les créanciers derniers inscrits manqueront des renseignements nécessaires pour exercer utilement le droit de surenchérir. Cependant, c'est sur-

tout à ces créanciers derniers inscrits qu'il importe de porter l'immeuble à toute sa valeur. »

Sur cet article 834, la Cour de *Montpellier* qui souhaite le rétablissement du principe de l'article 26 de la loi de Brumaire an VII, demande que son rétablissement n'entraîne pas l'abrogation du Code de procédure. L'article 834, argumente cette Cour, a apporté un tempérament nécessaire aux conséquences rigoureuses de l'article 1583 du Code civil. Le seul fait de la vente dépouillait le vendeur du droit d'hypothèque, et on devait logiquement regarder comme inexistante toute hypothèque qui n'avait pas encore reçu son complément légal par l'inscription ; mais, « c'était aller trop loin que d'admettre que, par le seul fait d'une vente ignorée de lui, le créancier, qui avait reçu antérieurement une affectation hypothécaire, fût privé du droit de la compléter et de lui donner la vie par l'inscription qu'il pouvait n'avoir pas eu encore le temps de prendre. » La Faculté de *Poitiers* est d'un avis diamétralement opposé : elle raisonne avec une logique rigoureuse, et aboutit nécessairement à faire rejeter toute inscription après la transcription du titre.

Beaucoup plus bienveillantes pour les créanciers, les Cours de *Colmar* et de *Nancy* non seulement demandent le maintien du délai de quinzaine, mais encore jugent que la transcription, qui est le seul moyen d'avertir les créanciers retardataires de l'urgence de prendre inscription, ne donne pas assez de sécurité aux créanciers ; il faudrait qu'on pût y ajouter, de

même que pour les hypothèques légales, l'affiche au greffe du Tribunal et l'insertion dans les journaux.

87. Relativement aux hypothèques non inscrites, nous voyons deux courants très nets se manifester. L'un à la tête duquel il faut placer la Cour de *Montpellier*, soutenue en cela par les Cours de *Paris* et d'*Angers*, s'oppose à l'unification de la purge et tient à ce qu'on maintienne une procédure spéciale pour les hypothèques occultes. La Faculté de *Dijon*, qui d'ailleurs maintient la distinction du Code, voudrait que l'on tendît à l'uniformité en organisant les choses de façon à ce que les deux procédures puissent marcher de front : à cet effet, elle propose que l'on substitue au délai de deux mois, donné par l'article 2194, un délai de 40 jours.

Les deux Facultés de *Caen* et de *Poitiers*, auxquelles se joint la Cour d'*Amiens*, se déclarent au contraire favorables à une fusion qui ne ferait des formalités des articles 2183 et 2194 qu'un seul ordre de formalités. Pour cela, on appliquerait indistinctement l'article 2183, mais en faveur des incapables on y ajouterait une notification au procureur du roi, d'après la Faculté de *Poitiers* et la Cour d'*Amiens*, l'affichage dans l'auditoire du Tribunal, d'après la Faculté de *Poitiers*, l'insertion dans les journaux, d'après celle d'*Amiens* ; quant à la Faculté de *Caen*, elle juge la notification absolument inefficace, mais elle ferait notifier au conservateur des hypothèques et au président de la Chambre des avoués... On re-

trouve dans d'autres Cours (*Angers, Paris*), la tendance à substituer l'insertion dans les journaux à l'affichage dans l'auditoire du Tribunal (Cour d'*Angers, Cour de Paris*).

88. Reste maintenant, les notifications une fois organisées, à opérer l'inscription. Deux Cours surtout s'en sont préoccupées : la Cour de *Grenoble* et celle de *Montpellier*, dont la dissertation est, avec celle de *Caen*, la plus importante sur la matière. Elles constatent l'inutilité de toute mesure destinée à faire remettre la copie à la femme. Cette copie tombera entre les mains du mari, des domestiques, des voisins ; et, d'ailleurs, la femme consentira inconsciemment et tacitement à la purge, par le silence qu'elle gardera. Il ne faut pas se contenter de cette renonciation tacite et incertaine, et pour cela il faut exiger de la femme une renonciation expresse : les deux Cours chargent le juge de paix d'éclairer la femme ou le subrogé-tuteur.

89. La même question se pose pour les hypothèques légales et pour les hypothèques inscrites, relativement au jugement d'adjudication. Emporte-t-il purge de façon définitive et la femme perd-elle ses droits à la suite de ce jugement ? Mais tandis, qu'à vrai dire, la question ne se posait pas pour les hypothèques inscrites, qu'une opinion unanime en doctrine et en jurisprudence, considérait comme purgées par le jugement d'adjudication, la difficulté devenait sérieuse quand il s'agissait des hypothèques dispensées

d'inscription par la loi : aussi voyons-nous ici des divergences se produire. Constatons, du reste, que la majorité des opinions est favorable à l'assimilation des deux catégories d'hypothèques, à ce point de vue, et reconnaît au jugement d'adjudication la faculté de purger toutes les hypothèques : ainsi les Cours d'Aggen, de Colmar, de Limoges, de Montpellier, d'Orléans, et les Facultés de Caen, de Dijon, de Poitiers, de Strasbourg, décident que la purge des hypothèques occultes doit résulter du jugement d'adjudication définitive, et voient là un palliatif aux fâcheux effets de la clandestinité. C'était bien là, d'ailleurs, la doctrine traditionnelle que formulait le vieux Loysel : « Décret nettoie toutes hypothèques » (1), qu'enseignait Merlin au début du siècle (2), et que reprit, au moment de l'enquête, l'éminent Troplong, en combattant avec énergie la dernière jurisprudence de la *Cour de cassation* (arrêt du 22 juin 1833 rendu en audience solennelle, sur les conclusions conformes de Dupin, et arrêt du 18 novembre 1839, cassant un arrêt de Caen), jurisprudence qui décidait que l'expropriation suivie d'un ordre était impuissante à opérer le purgement des hypothèques légales (3). On sait comment, sur ce point, la loi du 21 mai 1858 (4) vint

(1) Loysel, livre VI, tome V, n° 15.

(2) Merlin, v° Opposition aux criées.

(3) Par là, la Cour de cassation démentait sa jurisprudence précédente qui considérait comme purgées de plein droit toutes les hypothèques à la suite du jugement d'adjudication.

(4) Code de procédure, art. 717.

donner satisfaction à la théorie de Troplong et aux tendances dont s'inspiraient les autorités que nous venons d'indiquer.

Mais le souci des intérêts des incapables écarte, au contraire, du principe précédent un certain nombre de Cours : *Angers, Besançon, Bordeaux, Douai*. En cela, elles sont d'accord avec la jurisprudence la plus récente de la *Cour de cassation*, qui obligeait l'adjudicataire à remplir les formalités de l'article 2194, pour purger les hypothèques légales non inscrites des femmes mariées, des mineurs, des interdits ; elles demandent qu'une décision positive en ce sens prévienne une variation éventuelle de la jurisprudence (1).

90. Supposons remplies les formalités des articles 2194 et 2195 : la purge est donc opérée ; aucune inscription n'a été prise du chef des incapables ; ceux-ci ont-ils perdu tout droit ? ou, au contraire, leur hypothèque, convertie en action sur le prix, va-t-elle leur permettre d'exercer encore leur droit de préférence si le prix n'est pas distribué ? Ils le pourront, répond la *Cour de cassation*, et, avec elle, la majorité des Cours, ainsi que les Facultés de *Poitiers* et de *Strasbourg* : « après l'accomplissement des formalités prévues par les articles 2195 et 2196, sans inscription du chef de la femme, du mineur ou de l'interdit, ceux-ci conserveront néanmoins le droit de se faire colloquer suivant l'ordre qui leur appartient » (*Cour*

(1) Voyez notamment *Cour d'Angers*, qui traite très explicitement la question.

de cassation, page 672). Cependant, la jurisprudence de cette Cour semblait admettre que les formalités de la purge affranchissaient l'immeuble et le prix (1) ; mais les Cours royales étaient en grand nombre d'un avis contraire (2), et ici encore, c'est la Cour d'Angers qui formule le plus explicitement la théorie (3).

Non, répliquent les trois Cours de Metz, de Montpellier et de Nancy, avec la Faculté de Caen : la purge doit emporter à la fois la perte du droit de suite sur l'immeuble, et du droit de préférence quant au prix. Sans doute, dit la Cour de Montpellier, qui se vante de figurer à la tête du mouvement de résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation, la théorie qui laisse s'exercer l'hypothèque des incapables jusqu'à la distribution définitive du prix est justifiée, en l'état actuel des dispositions du Code : par là, s'explique la jurisprudence de la Cour. Mais, lorsqu'il s'agit, non plus d'appliquer la loi existante, mais de proposer des réformes, lorsqu'on discute non plus *de lege lata*, mais *de lege ferenda*, il ne saurait y avoir aux yeux des magistrats de Montpellier, la moindre difficulté : cette extension de l'hypothèque légale au droit de préférence, après extinction du droit de suite, leur paraît un abus contre lequel devrait réagir toute législation nouvelle (4).

(1) Solution combattue par Troplong, *l. c.*, n° 984 et suiv.

(2) Voyez toute la jurisprudence de 1813 à 1861 indiquée dans l'ouvrage de M. de Loynes, t. III, p. 760, n° 2558, n° 3.

(3) Voyez la dissertation d'Angers : *op. cit.*, t. II, p. 694.

(4) Ainsi, contradiction vraiment curieuse à noter : la Cour de

XII

91. Dans la critique générale que nous avons présentée au début de cette étude, nous avons indiqué les difficultés délicates auxquelles donnait lieu le concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales sur le même immeuble. Nous n'avons donc pas besoin ici de poser à nouveau le problème : il nous suffit de renvoyer aux explications qu'alors nous avons fournies.

Mais à cette difficulté ainsi posée, quelles solutions vont apporter les Cours et Facultés ?

Cassation, dont la jurisprudence décidait que le droit de préférence disparaissait en même temps que le droit de suite, combat cette solution dans sa dissertation, et demande qu'il soit décidé législativement que le droit de préférence survive au droit de suite. Et la Cour de *Montpellier* qui, de son propre aveu, est à la tête de la jurisprudence contraire, qui juge et va continuer à juger (2 juil'et 1840, 29 avril 1845) que les créances à hypothèque occulte peuvent, sans avoir été inscrites, concourir sur le prix non distribué, réclame très énergiquement la confirmation législative en faveur de la jurisprudence de la Cour de cassation, à laquelle ses arrêts sont contraires. Il y a là, sur le même sujet, deux exemples identiques, intéressants à enregistrer, de magistrats jugeant contrairement à leur opinion personnelle, pour appliquer exactement une même loi, et cela dans deux sens absolument opposés.

La loi du 21 mai 1858, modifiant la procédure d'ordre et les art. 771-772 du Code de procédure civile, a tranché la question conformément à l'avis et contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, conformément à la jurisprudence et contrairement aux avis de la Cour de Montpellier et autres Cours royales, en décidant que l'incapable conserve, après la perte du droit de suite, la faculté d'exercer son droit de préférence.

Aucune d'elles ne se dissimule, à ce sujet, le vice et l'arbitraire de la législation. Mais le principe de la réforme étant admis, sa réalisation peut être cherchée dans deux systèmes différents : la répartition de l'hypothèque générale au marc le franc sur les différents immeubles frappés par elle, ou la priorité d'exercice des hypothèques spéciales entre elles, dans l'ordre d'antériorité des inscriptions, comme si toutes étaient inscrites sur le même immeuble (1).

La solution la plus généralement admise est la seconde, et, du reste, elle se présente tout naturellement à l'esprit. Elle consiste à demander qu'il soit décidé formellement par la loi que, si un créancier à hypothèque générale est payé ou colloqué sur le prix d'un ou de plusieurs immeubles affectés à des hypothèques spéciales, il y aura subrogation légale au profit des créanciers spéciaux dans les droits du créancier à hypothèque générale, de façon à ce qu'ils soient payés à due concurrence sur les autres biens grevés de l'hypothèque générale à la date et en suivant le rang de toutes les hypothèques, chacun jouissant de son antériorité sur les autres. C'est la solution des Cours d'*Agen, Aix, Angers, Besançon, Bordeaux, Colmar, Douai, Metz, Montpellier, Nancy, Orléans, Paris, Riom*, et des Facultés de *Caen* et de *Strasbourg* (2). La Cour de *Montpellier* compléterait la réforme par une disposition secondaire destinée à

(1) Cour de *Montpellier*, t. II, p. 850.

(2) Voyez t. II, p. 827-889.

étendre la publicité : « L'intérêt des créanciers primés par l'effet de la subrogation, et celui des tiers, exigent que celle-ci soit, aussi promptement que possible, rendue manifeste à tous ; et l'on atteindra ce but en soumettant le créancier subrogé à la faire inscrire sur les biens à l'égard desquels il entend en exercer le bénéfice dans un délai que nous proposons de fixer à un mois, et qui commencera à courir du jour où le règlement de l'ordre établira définitivement, quant à lui, la préférence de l'hypothèque générale sur sa propre hypothèque spéciale. » (1)

92. A ces autorités, s'opposent l'avis de quatre Facultés et de quelques Cours royales. Elles estiment que la théorie de la subrogation légale ne saurait s'appliquer à l'espèce qui nous occupe, car elle serait contraire à l'article 1251, n° 3, qui n'a entendu viser que les cautions ou coobligés solidaires ; et en second lieu, ce serait injuste, car chacun des créanciers n'a dû se préoccuper que de la valeur de l'immeuble qui lui était offert en gage, en la comparant au montant de sa créance et à celui de l'hypothèque générale ; enfin, il y aurait lieu à des recours successifs nombreux et dispendieux. On demande alors, dans cette hypothèse, que chaque immeuble atteint par l'hypothèque générale contribue proportionnellement à sa valeur au paiement de la créance garantie par cette hypothèque ; que la contribution de chaque

(1) Cour de *Montpellier*, l. c., p. 852.

immeuble soit supportée, suivant l'ordre des inscriptions, par ceux qui ont sur cet immeuble une hypothèque spéciale ; et qu'enfin le créancier dont le gage a satisfait à l'hypothèque générale exerce son recours conformément à l'article 1214 (1).

93. En dehors de cette question générale à laquelle répondent les deux grands courants que nous venons d'indiquer, deux ou trois questions de détail sont soulevées par les Cours et les Facultés. Ainsi, la Cour de *Riom* voudrait obliger le créancier à hypothèque générale à produire au premier ordre auquel il serait appelé, et cela est en effet nécessaire dans le système de la subrogation ; car si le créancier à hypothèque générale ne se présente pas au premier ordre ouvert sur l'un des immeubles à lui hypothéqués, il ferait arbitrairement porter son droit sur des ordres ultérieurs : injustice dont la Cour de *Limoges* tire argument pour combattre le système de la subrogation. Mais la Cour de *Riom*, prévenant l'argument, déclare « essentiel que le créancier dont l'hypothèque est multiple soit tenu de produire au premier ordre auquel il sera régulièrement appelé » (2).

94. Nous devons signaler ici les observations présentées par un certain nombre d'Assemblées sur un des points apparemment les plus défectueux du sys-

(1) En ce sens, Cours de *Limoges*, *Pau*, *Rennes*, *Rouen* ; Facultés de *Dijon*, *Grenoble*, *Poitiers* et *Rennes*.

(2) *L. c.*, p. 865-866.

tème du Code en 1841 : la règle des intérêts conservés par l'inscription. Aux termes de l'article 2151, tout créancier inscrit pour un capital productif d'intérêts ou d'arrérages pouvait être colloqué pour deux années et l'année courante de ces accessoires de la somme principale. Le principe d'une pareille disposition est très sage, et il serait superflu de le justifier ici. La loi du 9 messidor an III (art. 14), la loi du 11 brumaire an VII (art. 19) en avaient fait l'application, la première pour une année et l'année courante, la seconde pour deux années d'arrérages.

Mais la formule du Code donnait lieu à une grave difficulté. Quelles étaient les deux années pour lesquelles le créancier avait le droit de se faire colloquer ? Est-ce les deux années qui suivent immédiatement l'inscription, ou celles qui précèdent immédiatement l'année courante, ou, plus naturellement, deux années quelconques ? Que fallait-il, d'autre part, entendre par année courante ? et quel devait être son point de départ ? Plus délicate encore était la question de savoir si la limitation établie par l'article 2151 était applicable aux privilèges assujettis à la formalité de l'inscription, ou de la transcription. Jurisprudence et doctrine penchaient pour la négative, interprétant restrictivement l'article 2151, parce qu'exceptionnel. Cette solution semblait en effet assez bien fondée, en droit ; elle n'en était pas moins regrettable au point de vue pratique, car l'article 2151 ne répondait plus par là même au but que s'étaient proposé ses auteurs, à savoir : faire connaître

exactement toutes les charges pesant sur l'immeuble. De là les critiques de certaines Cours et d'une Faculté : Cours d'*Angers*, *Grenoble*, *Lyon*, *Montpellier* et la Faculté de droit de *Caen*. De là leurs demandes de réforme ; toutes sont du même avis : extension de la règle de l'article 2151 aux créances privilégiées. En revanche, aucune ne paraît se préoccuper des autres difficultés que nous avons signalées (1).

95. La question de l'attribution aux créanciers hypothécaires de l'indemnité due par l'assureur au cas de perte de l'immeuble, est envisagée par un certain nombre d'Assemblées. La jurisprudence, considérant cette indemnité comme purement mobilière, se refusait à admettre son affectation spéciale aux créanciers hypothécaires. Une seule Cour, la Cour de *Cotmar* se montre favorable à cette solution de la jurisprudence. Toutes les autres Assemblées qui ont donné leur opinion sur la question : les Cours d'*Amiens*, d'*Angers*, de *Grenoble*, de *Nîmes*, d'*Orléans*, de *Pau*, de *Rouen*, et la Faculté de droit de *Grenoble* se prononcent en sens contraire. Toutes s'appuient sur cette considération que les sommes payées par les Compagnies d'assurances représentent l'immeuble détruit, qui était le gage spécial des créanciers hypothécaires. D'ailleurs, ajoute la Cour de *Grenoble*, dans la prati-

(1) Documents, III, p. 389 à 400. On sait que la loi du 17 juin 1893 est venue modifier l'art. 2151.

que, le créancier qui prend hypothèque sur un immeuble assuré se fait céder éventuellement l'indemnité et notifie ce transfert à la Compagnie d'assurances : on épargnera ce détour et les frais qu'il entraîne en donnant à l'hypothèque son effet sur la somme due par suite de la perte de l'immeuble.

XIII

96. Il nous reste, pour en avoir terminé avec cette longue enquête de 1841, à jeter un coup d'œil sur les observations fournies par les Cours et les Facultés sur une question qui, d'après la solution donnée, pourrait avoir de profondes conséquences sur le crédit immobilier : il s'agit de l'ensemble des observations contenues sous la rubrique : *Endossement des titres hypothécaires*.

L'embarras serait grand si l'on voulait sur ce point donner satisfaction à l'ensemble des autorités qui ont donné leur avis dans l'enquête, et il est difficile de se faire une idée exacte de l'état de l'opinion en 1841, relativement à cette question. Car s'il est vrai que la majorité des Cours refusent la faculté de l'endossement aux titres hypothécaires, les Facultés sont divisées en deux groupes égaux ; et, d'autre part, les Cours dissidentes sont si nombreuses et demandent si énergiquement la réforme que l'on ne saurait guère

tirer argument des quatre ou cinq voix de majorité en faveur de l'avis qui rejette la réforme.

Ici encore, nous relevons une contradiction entre l'avis que donne la *Cour de cassation* et sa propre jurisprudence. La Cour suprême paraissait avoir, dans quelques arrêts, considéré l'hypothèque comme transmissible par voie d'endossement, avec le titre dont elle garantit le payement (arrêts des 11 juillet et 21 février 1838). Dans les observations qu'elle présente dans l'enquête, elle s'élève avec force contre toute réforme législative, déclarant « qu'il faut soigneusement éviter tout ce qui pourrait tendre à la mobilisation du sol et rappeler les cédules hypothécaires créées par la loi de messidor an III. » Le souvenir des cédules de la loi de Messidor semble peser sur toutes les délibérations qui concluent au rejet de la proposition, et la plupart des Cours et Facultés qui partagent cet avis reprennent à leur compte les paroles de Grenier au Tribunal le 26 ventôse an XII : « La loi du 9 messidor an III répandit les alarmes au lieu de rassurer ; on ne fut pas seulement inquiet sur la rapidité de l'expropriation forcée, on le fut encore de la facilité avec laquelle chaque citoyen, en prenant hypothèque sur lui-même, pouvait convertir ses immeubles en espèces de lettres de change ; on vit avec effroi une sorte de mobilisation du territoire de la République, qui, pour quelque avantage particulier qu'elle pouvait produire, offrait les plus funestes moyens à la dissipation et menaçait les fortunes

d'un ébranlement général » (1). La Cour d'*Angers* y voit « un nouvel élément à la cupidité, un encouragement donné à cet entraînement des esprits qui pousse la génération actuelle à se lancer dans toutes les voies périlleuses qui semblent conduire à un rapide accroissement de fortune. » (2). La Cour de *Besançon* voit là « la transformation du propriétaire en agioteur » (3). De façon générale, on objecte que l'intérêt général aussi bien que l'intérêt privé seraient compromis par cette perturbation.

La Cour de *Montpellier* répond au principal grief ; on y voit « la mobilisation de la propriété foncière ; mais c'est confondre l'immeuble, qui est le gage de la créance, avec la créance elle-même, qui n'est qu'une opération de crédit » (4). Aussi conclut-elle qu'on ne saurait refuser cette facilité aux tiers hypothécaires, en l'entourant de certaines précautions. C'est l'opinion d'un assez grand nombre de Cours, qui y voient un élément salutaire pour le crédit. La Cour de *Grenoble* estime qu'un endossement serait moins coûteux et offrirait les mêmes garanties que le mode ordinaire de transport, avec notifications au débiteur. Toutes sont d'ailleurs d'avis que certaines précautions doivent être prises ; ces précautions sont

(1) Mêmes craintes de mobilisation du sol : *Bastia*, I, p. 520 ; *Colmar*, I, p. 531.

(2) I, p. 514.

(3) I, p. 523.

(4) I, p. 562.

à peu près les mêmes chez toutes les Cours et Facultés.

97. Nous voici arrivé au terme de cette étude. Il convient qu'en terminant nous rendions un juste hommage à l'enquête de 1841. On doit admirer la sagesse de ces magistrats et de ces professeurs, leur grande science du droit, leur sens si aigu des nécessités pratiques, et, surtout, peut-être, cette prudence avisée qui est la caractéristique des véritables savants, de ceux qui ne se grisent pas de chimères, qui ne rêvent pas de cette chose contradictoire : un progrès illimité immédiatement réalisable, mais qui ont constaté que les institutions et les hommes, pas plus que la nature, ne procédaient par sauts dans leur évolution, et qu'il est en tout des étapes nécessaires. Si l'on cherche, à propos de chaque matière, à résumer les résultats obtenus, on s'aperçoit que les travaux des Cours et Facultés donnent réponse à tout, et que la réforme est en quelque sorte chose faite. Mais on a pu constater que cette réforme ne bouleverse rien, qu'elle laisse debout l'ensemble de l'édifice, dont elle ne fait que faciliter et améliorer l'aménagement. Ils savent, ces jurisprudents de 1841, l'infinie complexité du problème hypothécaire, tous les intérêts qui y sont rattachés. De là le souci de ne pas porter une main téméraire sur des résultats déjà acquis ; s'ils ne se sont pas dissimulé les inconvénients de la loi existante, s'ils ont vu l'opportunité de la convenance de certains changements, ils ont

compris aussi toute la solidité et toute la grandeur de l'œuvre législative napoléonienne, à laquelle il ne faut toucher qu'avec réserve et en se rappelant cette opinion d'un des principaux rédacteurs du Code : « qu'il faut laisser le bien, si l'on doute du mieux ; en corrigeant les abus, voir les dangers de la correction même ; et qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans les choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative » (1).

(1) Portalis.

CHAPITE III

LES PROJETS DE 1850 — ET LA DISCUSSION A L'ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE

Sommaire. — **I. *Projet du Gouvernement.*** — 1. Les trois projets de 1850 — 2. Idée générale du Projet du Gouvernement — 3. Analyse de ce projet : constitution de la propriété — 4. Des privilèges — 5. Des hypothèques : organisation générale — 6. Publicité — 7. Remplacement de l'hypothèque légale du mineur par un cautionnement — 8. Hypothèque légale de la femme — 9. Formes de l'inscription — 10. Effets des privilèges et hypothèques — 11. Purge — 12. Extinction des privilèges et des hypothèques — 13. Radiation : règle spéciale pour les créances transmissibles par endossement — 14. Modification du siège des conservations.

II. *Proposition Pougeard.* — 15. Aperçu général. Théorie des oppositions — 16. Le principe de la force probante.

III. *Projet de la Commission.* — *Idées générales.* — *Le rapport de M. de Vatimesnil.* — 17. Principe : la publicité générale et obligatoire — 18. La question des hypothèques légales — 19. La publicité des actes de mutation — 20. Critique de la force probante — 21. Critique de la publicité réelle.

Analyse du projet. — 22. Indemnité d'assurance — 23. *Les privilèges* : énumération — 24. Assiette du privilège du copermutant ; préférence donnée aux privilèges spéciaux sur les privilèges généraux — 25. Le privilège du vendeur et l'action résolutoire — 26. *Les hypothèques* : suppression de l'hypothèque judiciaire — 27. Biens susceptibles d'hypothèque — 28. Hypothèque conventionnelle : forme — 29. Hypothèque des biens à venir — 30. Obligations hypothécaires à ordre — 31. Hypothèques légales — 32. Leur publicité — 33. 34. Supplément de garanties — 35. Détermination de l'hypothèque légale — 36. Date de l'hypothèque légale — 37. Actes postérieurs au mariage — 38. Restrictions et réduction à l'hypothèque

légale — 39. Publicité des mutations -- 40. Réforme de la séparation des patrimoines — 41. Pas de cession de l'hypothèque sans la créance — 42. Formes de l'inscription — 43. Arrêt du cours des inscriptions — 44. Leur renouvellement -- 45. Intérêts conservés par l'inscription — 46. Sanction des inscriptions irrégulières : pas de nullité sans grief — 47. Effets du droit hypothécaire : le tiers détenteur sera tenu personnellement — 48. Suppression du délaissement et du bénéfice de discussion — 49. Maintien du délai de quinzaine après transcription pour faire inscrire — 50. Réforme de la purge : notification — 51. Maintien du terme pour les créances non exigibles au moment des notifications — 52. Réduction de cautionnement exigé par l'article 2125 — 53. Extension de la faculté de purger aux endosseurs et aux garants — 54. Autres causes d'extinction — 55. Radiations. Réductions. Compétence — 56. Responsabilité des conservateurs.

IV. La Discussion à l'Assemblée législative. — 57. 58. 59. *Première délibération* : MM. Hennequin, Dain, de Vatimesnil, défendent le principe de la réforme, attaqué par M. Wolowski.

60. *Deuxième délibération* : Privilège du co partageant : amendement Bouzique — 61. *L'action résolutoire* : amendement Rouher — 62. Le Rapporteur combat l'amendement — 63. Réplique de Rouher, Pougeard, Dupont de Bussac, Michel de Bourges le combattent — 64. Crémieux, Fourtanier, Valette le défendent — 65. Vote de l'amendement.

66. *L'hypothèque judiciaire* : Louvet demande son maintien, combattu par Charlemagne — 67. Richet, Wolowski, Demante la défendent — 68. Valette et de Vatimesnil la combattent : vote de sa suppression — 69. Amendement Heustier : maintien de cette hypothèque en ce qui concerne les obligations résultant de délits au quasi-délits. Rejet — 70. Amendement Bouzique : interdiction de l'hypothèque au-dessous d'un chiffre minimum. Rejet — 71. 72. *Endossement des titres hypothécaires*. — 73. Hypothèque consentie en pays étranger — 74. *Publicité des hypothèques légales* : Herbetie demande le maintien du système du Code, combattu par Charlemagne, Dufraisse, Wolowski — 75. Demante, Gaslonde, Baze, Rouher défendent le Code — 76. De Vatimesnil soutient la réforme qui est rejetée — 77. Reprise de la discussion. Option de la femme au cas d'aliénation des biens dotaux — 78. Peut-on décider qu'il n'y aura pas d'hypothèque légale ? — 79. Suppléments d'hypothèque — 80. *Publicité des mutations* — 81. Formes de cette publicité — 82. Intérêts conservés par l'inscription — 83. Question des oppositions — 84. Bénéfice de délaissement -- 85. Annonces judiciaires — 86. Conclusion.

I

1. L'œuvre considérable et substantielle qu'était l'enquête de 1841 devait nécessairement, pour aboutir à un résultat pratique, donner lieu à un travail d'un autre genre, qui, s'exerçant sur les éléments si nombreux qu'elle fournissait, dégagerait de là la législation nouvelle. Par deux fois, le hasard des révolutions allait empêcher la réforme attendue ; la chute d'un trône, une première fois, une seconde fois l'avènement d'une dynastie nouvelle allait interrompre le cours des travaux législatifs.

La Révolution de Février vint couper court aux études de la Commission, que, au lendemain de l'enquête, le Ministre avait instituée. Dès l'année suivante, le prince Louis-Napoléon approuvait, par un arrêté du 15 juin 1849, la formation d'une nouvelle Commission parlementaire en vue de préparer la réforme du Code des hypothèques. Après de nombreuses séances, cette Commission formula, sur le rapport de M. Persil, le résultat de ses travaux dans un projet de loi qui fut renvoyé au Conseil d'Etat le 27 décembre 1849. Le 4 avril 1850, le Garde des Sceaux, M. Rouher, déposait le projet à l'Assemblée Nationale. Sur la demande de M. de Vatimesnil, le projet fut renvoyé à la Commission de la réforme hypothécaire,

qui étudiait alors une proposition émanée de M. Pougeard (1).

Ces deux projets devaient être ramenés à un seul par la Commission. Ils présentent entre eux d'assez notables différences. Peut-être convient-il, avant d'arriver aux travaux de l'Assemblée législative, de savoir en quoi consistaient ces trois projets et à quelles réformes ils conduisaient.

2. Le projet du Gouvernement était précédé d'un assez court exposé de motifs qui expliquait les raisons et fixait les grandes lignes de la réforme. Ce projet constatait le grand nombre de procès auxquels donnait lieu l'application de la législation présente ; d'autre part, les capitaux semblaient fuir les placements immobiliers ; ou bien, si l'emprunt hypothécaire avait lieu, c'était à des conditions écrasantes qui rendaient l'institution désastreuse : « La propriété, qui est la France même, est contrainte de payer pour les capitaux qu'elle emprunte une rente qui est au moins le double du revenu qu'elle peut produire sous la main vigoureuse du maître ». Si bien, ajoutait l'exposé, que « l'agriculture est ruinée aussi bien par les capitaux qui lui manquent que par les capitaux qu'on lui prête ».

L'exposé indiquait le remède général : crédit est synonyme de confiance. Or, la confiance n'est pas assez grande en matière hypothécaire. Rendons infailible le gage hypothécaire, et le crédit renaîtra.

(1) *Moniteur*, année 1850, page 1102 et suivantes.

Et après s'être en quelque sorte excusé de passer outre au silence du Conseil d'Etat qui, depuis si longtemps, avait été chargé d'examiner le projet et n'avait point encore donné son avis, le Ministre résumait à grands traits l'ensemble des réformes accomplies.

On revenait, en fait de constitution de propriété, au principe de la loi de Brumaire an VII, c'est-à-dire qu'on rétablissait la transcription, et cela de façon très générale. Mais on maintenait le principe traditionnel du transfert par le seul consentement. On déclarait tendre « à une mise en harmonie (de cette publicité) avec les matrices cadastrales », harmonie qui s'établirait avec le temps. Et quant aux hypothèques, l'exposé des motifs, après une excellente critique du régime des hypothèques légales, dont nous avons cité plus haut un des passages essentiels, proclamait la nécessité de soumettre toutes les hypothèques à l'inscription. Il indiquait, en outre, que le projet concluait à la disparition des hypothèques judiciaires, « les plus compromettantes pour le crédit, parce qu'elles sont souvent illimitées... qu'elles compliquent les ordres, qu'elles deviennent un puissant moyen de fraude, rendent les créanciers plus exigeants, les procès plus nombreux, la ruine plus complète, et sans avoir aucune cause solide dans le droit, elles sont tout simplement une prime accordée à la rigueur et à la rapacité » (1).

(1) *Moniteur*, page 1160, colonne 2.

A la publicité, l'exposé rattachait, comme une des préoccupations principales du Gouvernement, une simplification sérieuse des formalités de l'inscription, une spécialité plus rigoureuse, liée le plus intimément possible à la matrice cadastrale. Il déclarait trancher enfin deux des questions les plus débattues dans l'enquête, en décidant que l'obligation du renouvellement décennal disparaissait, et que le projet admettait la création de contrats hypothécaires à ordre transmissibles par endossement.

3. Aux principes que dégage l'exposé des motifs, il convient maintenant d'ajouter certains détails en parcourant rapidement le projet de loi lui-même.

Ce projet suit assez fidèlement le Code civil ; c'est une refonte générale du titre XVIII du livre III du Code.

La modification même du titre indique un des aspects principaux de la réforme. Au lieu de traiter « *Des privilèges et des hypothèques* », le titre XVIII devient « *De la constitution de la propriété à l'égard des tiers et des privilèges et hypothèques* ».

En effet, dans le projet gouvernemental, le titre XVIII se subdivise en deux parties : une première partie qui traite de la constitution du droit de propriété, la seconde concernant les hypothèques proprement dites. Le numérotage des articles est évidemment modifié. Le nouveau titre comprend 111 articles, de 2092 à 2203.

La première partie, qui comprend seulement 7 ar-

tibles et qui traite de la publicité des transmissions immobilières, consacre, nous l'avons dit, le retour au principe de la loi de Brumaire. Abrogeant dans son article 2098, les articles 834 et 835 du Code de procédure, le projet décide que la transcription sera toujours obligatoire et fait de l'opposabilité envers les tiers la sauvegarde de cette formalité. Il écarte par là la théorie de la force probante donnée à l'inscription. Mais il donne, par contre, à cette publicité, le plus vaste champ d'application possible, en décrétant que tous actes à titre gratuit ou à titre onéreux, déclaratifs et translatifs de propriété immobilière d'emphytéose, d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou constitutifs de servitude ou autres droits réels, seraient transcrits en entier sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques (1). Ainsi tout fait de nature à modifier l'état de la propriété à quelque degré et par quelque moyen que ce soit, doit être porté à la connaissance des tiers (2).

Seront également soumis à l'obligation de la transcription les baux de plus de 18 ans et ceux qui, de moindre durée, contiendraient quittance de deux années de loyer.

4. La seconde partie, beaucoup plus longue, com-

(1) A. 2092.

(2) Le projet ne parle pas des mutations pour cause de mort. M. de Vatimesnil estimera plus tard dans son rapport que le silence du gouvernement ne peut être interprété dans le sens de la publicité, « l'article 2092 du projet du gouvernement ne s'applique évidemment qu'aux actes entre vifs à titre onéreux ou à titre gratuit. »

me on le comprend, traite des privilèges et des hypothèques et revient par conséquent aux articles du Code. Elle les maintient sans aucun changement dans son chapitre premier (art. 2099-2001) (1), qui contient les dispositions générales. De même, pour les principes de la matière des privilèges (art. 2102-2106). Si nous laissons de côté la section première du chapitre II (2), qui s'occupant des privilèges sur les meubles, ne rentre pas dans notre sujet, nous constatons quelques modifications apportées par l'article 2110 à la matière des privilèges immobiliers.

Le privilège du vendeur ne garantit plus seulement le paiement du prix, mais encore cinq années d'intérêts en plus. Les bailleurs de fonds, qui ont fourni les deniers pour l'achat de l'immeuble, n'auront pas droit à l'action résolutoire ; le vendeur lui-même ne pourra exercer cette action que contre l'acquéreur seulement et non contre les sous-acquéreurs, à moins toutefois que dans l'acte transcrit cette action résolutoire ne soit expressément stipulée. Le projet précise, en outre, ce que ne fait point le Code, que les cohéritiers auront privilège pour le prix de la licitation, aussi bien que pour les soultes, mais seulement sur l'immeuble licité ou sur les lots grevés de soultes. A ces modifications des privilèges déjà existants, le projet ajoute deux réformes plus radicales. Il supprime, par voie de préterition, le privilège des architectes et en-

(1) C. civ. 2092-2094.

(2) A. 2107, 2108 et 2109 du projet.

trepreneurs, et par là-même abroge implicitement l'article 2110. Il crée expressément deux autres privilèges, dont l'un existait déjà, il est vrai, mais manquait (et manque toujours) d'une formule législative satisfaisante : le privilège de la séparation des patrimoines sur les immeubles de la succession et celui des copermutants sur les immeubles échangés au cas où les conditions de l'échange ne seraient point exécutées ; ce dernier privilège, ne touchant d'ailleurs en rien aux dispositions de l'article 1705, donnait droit aux copermutants évincés de conclure à des dommages-intérêts, ou de reprendre leur chose. Le projet reste muet sur le donateur.

On se rappelle que, dans l'enquête, certaines opinions s'étaient montrées hostiles à la classification de l'article 2105, qui faisait passer les créances de l'article 2101 avant celles de l'article 2103. La nature même des privilèges de l'article 2103 semble avoir pour conséquence de n'admettre sur l'immeuble à lui affecté aucun droit préférable à eux. C'est à cette théorie que donne satisfaction l'article 2111 du projet, décidant que les créances de l'article 2110 (du projet), créances à privilèges immobiliers, viendraient immédiatement après les frais de justice. Par là, disparaissent les articles 2104 et 2105 du Code et est posé le principe que les privilèges généraux ne sont pas préférables aux privilèges spéciaux sur les immeubles.

La section 3 du projet (art. 2112-2117) (1) examine comment se conservent les privilèges. Par préterition, l'article 2107 du Code disparaît (théorie du privilège dégénérant en hypothèque), suppression naturelle, puisque les privilèges n'auront plus rang qu'à leur date.

Le projet consacre dans cette section une réforme assez importante, relativement à la publicité du droit de résolution ; il reproduit dans son article 2113 l'article 2108 du Code, et il ajoute : « L'inscription d'office contiendra l'énonciation du droit de résolution, mais seulement quand ce droit aura été expressément réservé au vendeur par l'acte transcrit ». On se souvient que le projet fait de cette condition une nécessité pour exercer ce droit résolutoire contre d'autres personnes que l'acquéreur primitif. De plus, le projet applique le même mode de publicité (transcription de l'acte suivie de l'inscription d'office), tant aux copermutants et coéchangistes (2) qu'aux cohéritiers, qu'il soumet à la transcription de l'acte de partage (3), modifiant ainsi assez profondément la publicité de ce dernier privilège, organisée par l'article 2109, et cela d'autant plus profondément qu'il supprime tout délai pour cette transcription (4). Enfin, relativement à la séparation des patrimoines, l'article

(1) Correspondant à la section 4 du Code, la section 3 étant abrogée par l'article 2110.

(2) Art. 2114.

(3) Art. 2115.

(4) Art. 2109 du C. civ. accorde un délai de 60 jours.

2116 contient une disposition importante et qui tranche une longue controverse en consacrant le principe que le privilège de la séparation des patrimoines comporte, comme tout autre, un droit de suite : il reproduit l'article 2111, mais il ajoute au second paragraphe un membre de phrase qui fixe la réforme : « Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie, ni *aucune aliénation valablement consentie* par les héritiers, etc... »

5. Le chapitre III traite des hypothèques. Les articles 2118 à 2124, par lesquels il débute, et qui correspondent aux articles 2114 à 2120 du Code civil, consacrent deux réformes d'inégale importance. L'article 2122, qui reproduit l'article 2118 du Code civil, y ajoute une troisième catégorie de droits susceptibles d'hypothèques : « le droit résultant de baux emphytéotiques, pendant leur durée », et l'article 2120, par simple prétérition, opère la grave réforme de la suppression de l'hypothèque judiciaire en ne distinguant que deux sortes d'hypothèques : légales et conventionnelles. Les hypothèques légales font l'objet de la section première et des articles 2125 à 2127. L'article 2125 étend l'hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics, non seulement sur les biens des comptables eux-mêmes, mais encore sur ceux acquis à titre onéreux, et postérieurement à leur nomination, par leurs femmes même séparées de biens, à moins qu'il ne soit justifié que les deniers qui ont servi à l'achat n'appartien-

nent en propre à la femme. L'article 2127, d'autre part, exige que tous les actes faits par la femme, relativement à son hypothèque légale, soient tous soumis à la publicité.

Quant aux hypothèques conventionnelles qui font l'objet de la section 2 du projet (art. 2128 à 2140) (1), la grosse réforme qui les concerne consiste à permettre de créer des contrats hypothécaires à ordre transmissible par endossement, mais jamais au porteur (art. 2131). L'endossement aurait lieu sur la grosse même, qui serait transmise au cessionnaire. Seulement, la solution n'est plus possible au cas de cession partielle : on se contentera alors d'une expédition de l'acte original. Les articles 137 à 140 du Code de commerce s'appliquent normalement ; le délai seul varie, le porteur est tenu de faire commandement dans les 20 jours de l'échéance et d'agir en garantie contre les endosseurs précédents dans le mois du commandement (2).

Le projet aborde l'article 2130 ; par là il tranche la question de l'hypothèque des biens à venir, en décidant qu'elle ne sera jamais permise.

Il réalise en outre deux modifications de détail : l'une, qui est une manifestation de la tendance signalée, à s'appuyer le plus possible sur le cadastre en fait de publicité, consiste à décider que toujours

(1) Section 3 du C. civ., la section 2 traitant de l'hypothèque judiciaire.

(2) Art. 2139-2140.

l'extrait de la matrice cadastrale sera annexé au contrat (art. 2133) ; l'autre, reprenant l'article 2132 du Code civil, aux termes duquel le créancier seul faisait l'évaluation à inscrire au cas de créances conditionnelles et indéterminées, aboutit à décider que l'estimation devra être convenue entre les deux parties.

6. Plus profondes sont les réformes relatives à la publicité des hypothèques et à leur rang (art. 2141 à 2161). L'obligation de soumettre les hypothèques légales à la publicité devait nécessiter une certaine réorganisation. Le projet formule le principe de la réforme dans l'article 2142 : « Les hypothèques des mineurs et des femmes n'ont rang ni droit de suite que du jour de la transcription ». Il ne se prononce pas sur la date à assigner aux hypothèques légales et maintient purement et simplement l'article 135. Mais il modifie profondément la publicité proprement dite.

D'abord, pour l'hypothèque du mineur et de l'interdit : c'est au conseil de famille qu'il appartient de fixer la somme pour laquelle on inscrira l'hypothèque, et cela avant l'entrée du tuteur en fonctions ; en même temps, il déterminera les immeubles sur lesquels devra peser l'hypothèque. Le tuteur devra lui-même requérir ces mesures et serait déchu, s'il s'ingérait avant (art. 2143) ; l'article 2144 souligné d'ailleurs la responsabilité des subrogés-tuteurs.

Qui pourra prendre inscription ? Tous les intéressés, les parents, le mineur lui-même, les amis (art.

2146). Du reste, l'article 2147 fait une obligation aux greffiers de la justice de paix de ne délivrer aucune expédition de délibération de conseil de famille sans qu'on produise d'abord la justification que les inscriptions nécessaires ont été prises.

La réduction comme le supplément d'hypothèque sont admis par le projet (art. 2148 et 2149).

7. Une innovation intéressante concerne le cas où le tuteur n'aura pas d'immeubles disponibles, et fait l'objet des articles 2150 à 2154. Lorsqu'il n'y aura pas d'immeubles pouvant être hypothéqués, le tuteur sera tenu, pour les capitaux supérieurs à un certain chiffre, fixé par le conseil de famille, d'en opérer la consignation. Ces capitaux ne pourront être retirés de la Caisse des dépôts que si le tuteur justifie de leur emploi ; mais si des immeubles nouveaux surviennent au tuteur, qui puissent constituer l'assiette de l'hypothèque, la consignation pourrait être remplacée par une inscription hypothécaire sur ces immeubles. De plus, afin de bien assurer que la gestion du tuteur sera toujours tenue au courant des événements, le projet reprenant l'obligation, qui, aux termes de l'article 470 du Code civil, peut incomber au tuteur, de remettre au subrogé-tuteur des états de situation de la tutelle à des époques périodiques, oblige ce subrogé-tuteur à adresser au juge de paix le rapport qui existe entre la situation du tuteur et les garanties dues au mineur à un moment donné. Sur ces documents, le juge de paix peut, d'office,

réunir le conseil de famille pour faire augmenter ces garanties (art. 2154).

Enfin, dans l'article 2155, on organise une institution nouvelle : un état de tutelles, qui doit être tenu au greffe de chaque justice de paix. Dans cet état seront résumées toutes les indications concernant la tutelle. Chaque année, en décembre, les greffiers seront tenus de communiquer cet état au Procureur de la République qui, lui-même, le soumettra au Tribunal, qui statuera ce que de droit. Un contrôle incessant serait de la sorte organisé.

8. L'hypothèque légale de la femme est peut-être moins complètement traitée. Avant le mariage, l'obligation d'en opérer l'inscription incombe au mari, ou, à son défaut, au notaire, qui aura reçu la convention. Le contrat devra contenir, à cet effet, et cela sous la responsabilité du notaire, la désignation des immeubles du mari, et, en second lieu, la détermination de la somme pour laquelle sera prise l'inscription. Et ces conventions pourront être les mêmes, remarque importante à faire, que les parties soient majeures ou qu'elles soient mineures. La disposition du Code interdisant de convenir qu'il ne sera pris aucune inscription est maintenue (art. 2156).

Faute de contrat, la femme, ses parents, ses amis, peuvent faire inscrire.

Au cours du mariage, de même, c'est à la femme, à ses parents et à ses amis, à faire opérer l'inscription, s'il y a lieu : ce qui peut se produire dans deux

cas, d'abord si le mari n'avait que des immeubles insuffisants au jour du mariage, et s'il en acquiert par la suite qui puissent répondre de la dette matrimoniale ; puis, second cas, lorsque de nouvelles causes de reprises naissent pour la femme par suite de faits survenus depuis la célébration du mariage. Dans tous les cas, il faudra respecter le principe de la spécialité.

Nous ne trouvons, à propos de l'hypothèque légale de la femme, aucune trace de la théorie adoptée pour le mineur, qui consiste à faire consigner des capitaux au cas d'insuffisance d'immeubles. De plus, nous constatons qu'au cours du mariage, aucune obligation de faire inscrire n'incombe au notaire de la part duquel seul, cependant, on peut attendre une publicité sérieuse. Ce sont là deux lacunes graves du projet.

9. Relativement au mode d'inscription (1), le projet du Gouvernement n'opère guère que des modifications de détail ; ainsi l'article 2162 se borne à donner plus de précision aux dispositions de l'article 2146 du Code civil en matière de faillite, et supprime tout le paragraphe 2 concernant l'arrêt du cours des inscriptions à suite d'acceptation bénéficiaire. Quant aux opérations mêmes de l'inscription, le projet se contente avec raison d'un seul bordereau et le dispense du timbre (formalité qui n'a en réalité disparu

1) Ch. IV, art. 2162 à 2172.

qu'en 1900) (1) et modifie quelques détails ; ainsi il décide que, faute d'élection de domicile de la part du créancier, les notifications seront valablement faites au Procureur de la République ; ainsi, encore, il ajoute au paragraphe 5 de l'ancien article 2148, une disposition relative aux matrices cadastrales ; et, aux cinq indications qu'exige le Code, il ajoute une sixième : l'indication de l'époque de l'exigibilité (art. 2164).

La jurisprudence des Cours d'appel est confirmée sur la question de la sanction à donner à ces formalités. Le même article décide expressément que l'omission de ces formalités entraînera nullité toutes les fois qu'il y aura préjudice pour les tiers.

Ce même chapitre appelle deux autres observations importantes. Il supprime l'obligation du renouvellement décennal en déclarant que l'inscription durera autant que l'hypothèque (art. 2170) ; et, en second lieu, il soumet à la publicité les actes de cession ou de subrogation, en obligeant les parties à en faire la mention en marge de l'inscription. L'article 2153 est évidemment supprimé, toutes les hypothèques étant soumises au même mode d'inscription. Quant aux intérêts conservés par l'inscription sans tenir compte des critiques assez vives que contenaient à ce sujet les documents de l'enquête, le projet maintient

(1) Loi du 27 juillet 1900.

purement et simplement les dispositions de l'article 2151 du Code civil (1).

10. La question de l'effet des privilèges et hypothèques donne lieu à deux modifications notables : la suppression des deux bénéfices conférés aux tiers détenteurs, le délaissement et l'exception de discussion. Par là sont supprimés les articles 2172 à 2177 du Code civil. De plus, il est décidé que le droit de purger, chez le tiers détenteur, persistera jusqu'à la vente, à charge pour lui de payer les frais faits antérieurement.

11. Cette faculté de purger, comment s'exercera-t-elle d'après le projet ? Sur ce point, les dispositions du Code sont à peu près toutes maintenues, et plutôt précisées que modifiées. L'article 2179, par un membre de phrase ajouté à l'article 2183 du Code civil, indique que le propriétaire ne pourra faire les notifications aux créanciers inscrits qu'après la transcription de l'acte de transfert, ce qui était déjà décidé par l'article 2181 du Code civil. L'article 2192 déclare explicitement que « la surenchère faite par l'un des créanciers inscrits profite à tous les autres », ce qui n'est que la mise en formule de la disposition de l'article 2190. A l'article 2189 du Code, le projet (art. 2186) ne fait qu'ajouter une précision pratique. D'après cet article, l'acquéreur ou le donataire, qui

(1) Art. 2169.

a vu son immeuble mis aux enchères et qui le conserve après les enchères, après s'être rendu dernier enchérisseur, est dispensé de faire transcrire le jugement d'adjudication. En effet, la publicité est assurée par ailleurs ; cependant le projet complète cette publicité en décidant qu' « il en sera fait mention à sa requête (de l'adjudicataire) en marge de la transcription de son premier titre ». La seule modification importante dans cet ordre d'idées concerne le vendeur d'immeubles.

A son sujet, le projet décide, en ajoutant deux paragraphes à l'article 2184 du Code, qu'après la notification qui lui est faite, ainsi qu'à tous les autres créanciers inscrits, le vendeur aura un délai d'option de 40 jours ; il choisira entre son privilège et son action résolutoire. Et s'il n'a pas fait son option dans le délai, il ne pourra dès lors faire valoir que son privilège.

Au contraire, s'il opte pour l'action en résolution, il devra agir dans les 10 jours de son option, sinon il serait déchu. Du moment de l'option, les opérations de la purge sont suspendues (art. 2180).

La suppression du caractère occulte des hypothèques légales amenait nécessairement dans le projet la disparition de tout le chapitre IX du titre des hypothèques dans le Code. Comme pour le mode de publicité, le projet, quant à la purge, unifiait absolument les deux sortes de droits.

12. Nous n'aurions aucune observation sur le cha-

pire relatif à l'extinction des privilèges et des hypothèques s'il ne consacrait dans son article unique (art. 2189), qui est par ailleurs la reproduction de l'article 2180, une innovation réclamée par l'enquête de 1841. Ajoutant aux causes d'extinction prévues par le Code, la perte ou la destruction de la chose hypothéquée, le projet décidait que « néanmoins, ce qui peut rester et *les indemnités dues aux débiteurs*, seront affectés au paiement des créances privilégiées et hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles », réforme importante dont le principe est bien nettement énoncé, mais dont l'application est plus complexe que le projet paraît le laisser entendre.

13. L'admission de créances hypothécaires, transmissibles par endossement, nécessitait une précision à propos de la radiation des inscriptions. Le porteur pouvait-il faire radier ? L'article 2191 lui reconnaît ce droit : « Le porteur d'endossement régulier d'une créance hypothécaire peut consentir la radiation des inscriptions aussi bien que le cessionnaire, par acte authentique ». Pour effectuer la radiation, l'article 2158 du Code exigeait que les requérants déposent au bureau des conservateurs l'expédition de l'acte authentique portant le consentement ou celle du jugement ; le projet ajoute, prévoyant et admettant le cas où la radiation aurait lieu par procuration « et le brevet ou l'expédition de la procuration, si c'est en qualité de mandataire que la réquisition est faite » (art. 2192).

Par simple prétérition, le projet supprime les articles 2161 à 2165 relatifs à la réduction des hypothèques générales excessives et rendues en effet sans objet par la disparition des hypothèques générales.

14. Enfin, dans un dernier chapitre, le projet du Gouvernement apportait certains changements dans l'organisation même de la publicité. Il déplaçait les conservations des hypothèques. Donnant satisfaction aux tendances que nous avons à plusieurs reprises signalées au cours de l'enquête, en vue d'une union plus étroite de la publicité hypothécaire et de l'enregistrement, il décidait qu'il y aurait désormais une conservation d'hypothèques par bureau d'enregistrement. Il maintenait l'ancien article 2200 sur les registres d'ordre du conservateur, que devait modifier la loi du 5 janvier 1875 ; mais en ajoutant qu'au cas où deux personnes se présenteraient au même moment pour opérer inscription sur le même immeuble, il en serait fait mention tant sur le registre que sur la reconnaissance délivrée à chacune d'elles. Enfin, quant à la responsabilité du conservateur, aux deux cas de responsabilité déjà prévus par l'article 2197 du Code civil, l'article 2201 du projet ajoute un troisième cas en déclarant les conservateurs responsables des radiations d'inscription par eux opérées, en vertu de jugements ou d'arrêts non passés en force de choses jugées. Mais, si les radiations ont lieu, en vertu d'actes extra-judiciaires dont les parties n'avaient pas capacité pour contracter, la responsabi-

lité des conservateurs est dégagée, et elle retombe toute sur les officiers publics qui ont reçu ces actes.

Telles sont, dans leur détail, les réformes qu'accomplissait le projet de loi que déposa M. Rouher le 4 avril 1850 ; on ne peut se dissimuler que ce projet avait quelques imperfections, mais, dans l'ensemble, il constituait un progrès des plus considérables, et, sauf la modification relative au siège des conservations hypothécaires, immédiatement réalisable ; il pouvait et il devait être la base d'une excellente loi hypothécaire.

II

15. La proposition que M. Pougeard avait de son côté déposée à l'Assemblée législative, concorde sur bien des points avec le projet du Gouvernement, auquel, du reste, elle est antérieure ; mais elle en diffère sur d'autres points fort importants.

La proposition de M. Pougeard tend elle aussi à assurer la publicité des hypothèques légales ; mais on ne voit guère en quoi l'inscription qu'elle déclare nécessaire se fera plus sûrement dans son système que dans celui du Code : le mari et le tuteur restent principalement chargés d'opérer les inscriptions, « à peine, dit l'article 34, d'être contraignables par corps pour le paiement des créances qu'ils auraient négligées de faire inscrire » ; c'est là la moins satisfaisante des sanctions. Les subrogés-tuteurs doivent éga-

lement y veiller, et, à leur défaut, la femme, les parents, les amis (art. 36). La seule innovation intéressante sur ce point consiste dans l'obligation pour le tuteur de verser tous les capitaux immobiliers ainsi que les excédents de revenus (art. 41) à la Caisse des dépôts, obligation qu'il partage avec les officiers publics et les tiers dépositaires ou détenteurs de ces capitaux. Il ne pourra les retirer qu'en justifiant d'un emploi déterminé.

La proposition Pougeard organise la réduction des hypothèques excessives au cours de la tutelle et du mariage. Comme le projet du Gouvernement, la proposition de M. Pougeard concluait à la disparition de l'hypothèque judiciaire ; mais, sur ce point, elle présentait une théorie plus complète et tâchait de prévenir les fraudes possibles auxquelles cette suppression pouvait donner lieu. Supposons, en effet, qu'un créancier ait pris jugement contre son débiteur : voici que celui-ci va aliéner les immeubles qui lui appartiennent même après le jugement. Dépouillé de l'hypothèque judiciaire, quel moyen aura le créancier de parer à un tel danger ?

M. Pougeard admettrait donc le créancier porteur d'un jugement à former opposition (1) ; par là, il empêcherait l'aliénation d'immeubles qui, éventuellement, seraient son gage, sans toutefois obtenir sur eux un droit de préférence injustifié. Cette opposition se ferait au moyen d'une inscription au registre

(1) Art. 61 et suivants.

du conservateur des hypothèques. Et l'effet en serait double : elle empêcherait, d'abord, à partir de sa date, toute constitution d'hypothèque au préjudice de l'opposant, et, de plus, elle ferait obstacle, au cas de vente, à ce que l'acquéreur payât son prix au préjudice de l'opposant. D'autre part, elle ne créerait encore une fois aucun droit de préférence ; les valeurs conservées par l'opposition seront distribuées au marc le franc entre tous les créanciers chirographaires et l'opposant. Elle aurait, en somme, pour conséquence, de frapper d'indisponibilité la fortune immobilière du débiteur. Cette indisponibilité, pouvant devenir une gêne, serait limitée de deux façons : elle se périmerait au bout d'un certain temps ; et, en second lieu, la mainlevée pourrait en être exigée à condition de fournir certaines garanties : donner caution, consigner les sommes dues, donner une hypothèque conventionnelle, etc...

16. Nous ne saurions laisser là la proposition de M. Pougeard, sans parler de son innovation la plus intéressante, qui consiste à donner force probante aux renseignements portés sur le registre. Le but à se proposer, quel est-il, en effet, sinon rendre la situation hypothécaire la plus sûre possible, faire qu'elle soit tellement nette et tellement invariable qu'il soit inutile de procéder à un ordre en justice, et que toute contestation entre les créanciers inscrits devienne impossible ? Or, c'est là l'effet même de la force probante. Du fait qu'une créance

est inscrite, d'après la proposition, elle est opposable aux créances postérieures, et elle les domine, même si, pour une cause ou pour une autre, la créance elle-même avait disparu. L'inscription aura donc force probante, ce qui revient à dire qu'aucun créancier hypothécaire ne pourra contester le titre des créanciers inscrits avant lui ; et la conséquence en sera que, si les obligations qui priment ce créancier, comme étant inscrites avant lui, étaient nulles, ou éteintes, ou soldées en tout ou en partie, ou irrégulièrement inscrites, ces causes de déchéance, qui rendraient ces obligations inefficaces, ne profiteront pas à ce créancier postérieur en rang, mais à l'ensemble des créanciers chirographaires. Conception audacieuse et originale qui ne sera d'ailleurs pas adoptée et que les projets récents n'oseront pas non plus complètement reproduire.

III

17. La Commission parlementaire qui prépara le projet de loi à l'étude duquel nous arrivons, s'était trouvée d'abord en présence, comme nous l'avons déjà dit, de la proposition Pougeard. Elle avait rédigé un projet et un rapport, quand la Commission extra-parlementaire nommée par le Gouvernement lui apporta le projet de loi qu'elle venait d'élaborer. On sait les retards que mit le Conseil d'Etat

à l'examen de ce projet. Ces retards forcèrent le Gouvernement à passer outre, et, sans attendre l'avis du Conseil d'Etat, il déposa un nouveau projet de loi le 4 avril 1850, qui est celui-là même que nous avons analysé et qui, disons-le en passant, n'était que la reproduction du premier projet de loi arrêté au Conseil d'Etat. Ce fut sur ces textes que la Commission parlementaire travailla et ce fut d'eux qu'elle dégagèa la troisième rédaction, qui fut le projet de la Commission. Cette Commission, qui se composait de 29 membres (1), était chargée d'élaborer un double projet sur la réforme hypothécaire proprement dite (d'après les initiatives parlementaires et gouvernementale dont nous avons parlé) et sur l'organisation du crédit foncier, d'après un projet présenté par M. Wolowski. Nous n'avons à nous occuper ici que de la première partie de ses travaux. Cette Commission nomma rapporteur M. de Vatimesnil, qui déposa son rapport à la séance du 25 avril 1850, en même temps que le projet de loi de la Commission. C'est à ces documents que nous arrivons maintenant (2).

Trois systèmes possibles sont concevables en fait

(1) MM. Benoist-d'Azy, Benoit-Champy, Chégaray, Martin, Ney de la Moskowa, général d'Hautpoul, Louvet, Gaslonde, Parieu, Dupré, de Vatimesnil, Pougeard, Dufougères, Heurtier, Demante, Flaudin, Charlemagne, Riché, Wolowski, Labordère, Betting de Lancastel, de Luppé, Canet, Garnon, Dabeaux, Loyer, de Mortemart, Vavin, Chapot.

(2) Voyez supplément au *Moniteur* du 26 avril 1850.

de régime hypothécaire : le système des hypothèques occultes, qui fut celui de l'ancien droit, et qui fut défendu lors de la discussion du Code par des autorités telles que Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu ; le système de la publicité complète, que fit triompher la loi du 11 brumaire an VII, dans lequel la sécurité est absolue et où, suivant les expressions mêmes de M. de Vatimesnil, « chacun est à peu près dans la même situation que si une partie du prix de l'immeuble hypothéqué lui était désignée à l'avance ». Enfin, un système mixte qui est celui auquel s'est rangé le Code Napoléon.

Ce système, le rapport n'a pas de peine à en montrer les défauts. Le titre des hypothèques, soumis à l'expérience de près d'un demi-siècle, ne peut servir de base solide au crédit foncier. Et le rapport nous fournit cette indication bien curieuse que « le public est à peu près convaincu que la seule manière de prêter sur un gage immobilier qui n'offre pas de grands périls est la subrogation au privilège du vendeur ; et encore il faut y regarder de près ».

Le remède : « il faut en revenir à la publicité complète et absolue. Pour que le crédit foncier existe d'une manière réelle, il est indispensable que toutes les charges hypothécaires se manifestent clairement aux yeux des prêteurs ; que ceux-ci puissent juger par leurs propres lumières la situation de l'emprunteur ; qu'il ne soit pas obligé de s'en rapporter à des légistes et à des hommes d'affaires ; qu'en un

mot, pour faire le bilan immobilier du possesseur d'une maison ou d'une ferme, il suffise d'effectuer une addition et une soustraction, une addition pour calculer le montant total des inscriptions dont ce bien est grevé, et une soustraction pour voir ce qui reste libre sur la valeur de cette propriété ».

18. La difficulté essentielle consiste dans l'organisation à donner à l'hypothèque des incapables. Rien de plus sacré que la protection due à ceux-ci, non seulement pour eux-mêmes, mais dans l'intérêt même des liens de famille, liens qui doivent « obtenir de la loi la même protection qu'ils trouvent dans la religion, dans les mœurs et dans le cœur de l'homme de bien ! » Ce sont ces intérêts qu'il faut concilier avec la nécessité de la publicité : « Pour que la publicité existe d'une manière réelle, il faut que les hypothèques de ces incapables se manifestent par des inscriptions et n'aient de rang qu'à la date de ces inscriptions ; mais, pour que le mineur et la femme mariée soient couverts par une protection suffisante, il est nécessaire que le législateur fasse en sorte que ces inscriptions soient prises. »

Nous avons déjà montré que, ruineuse pour le crédit, l'hypothèque légale occulte n'offrait ni à la femme, ni au mineur, de garanties sérieuses. C'est là ce que développe avec beaucoup de force le rapport de M. de Vatimesnil. La circulaire du Grand Juge du 17 septembre 1808, d'où il résultait que les dispositions des articles 2136 et suivants étaient commi-

natoires, conseils plutôt que préceptes, n'avait pas peu contribué à affaiblir les injonctions du Code ; et, d'une part, l'inscription n'était jamais prise, d'autre part l'hypothèque était le plus souvent anéantie sans difficulté aucune.

Du reste, le rapport indique bien que, pas plus dans le projet que dans le Code civil, on ne veut protéger la femme contre elle-même, sinon sous le régime dotal : « La femme soumise à tout autre régime pourra toujours s'obliger envers les prêteurs solidairement avec son mari ou, comme caution de celui-ci, garantir les acquérèurs et, par ce moyen, renoncer à son hypothèque au profit, soit des uns, soit des autres. Pour la femme mariée en communauté ou en non-communauté, l'hypothèque légale n'est ordinairement qu'une garantie illusoire, car il est rare qu'elle refuse à son mari sa signature ». Mais la femme dotale aura une situation plus rassurante avec le projet puisque, ayant une hypothèque inscrite, dont la conservation est par là-même assurée, elle n'aura pas à redouter les funestes effets de la purge actuelle, qui anéantit sa garantie sans que, le plus souvent, elle s'en doute.

19. Le projet de la Commission pose donc le principe de la publicité de façon absolument générale pour les hypothèques et pour les privilèges. Il l'affirme également pour tous les actes de mutation, mais en précisant bien qu'il ne s'agit que des actes entre vifs, et que les mutations à cause de mort n'ont point

à être publiées. Il est à remarquer que le projet, au lieu de faire de cette déclaration de principe le préambule même de toute la réforme, au lieu de traiter avant toute chose de la constitution de la propriété et d'exiger la publicité de tous les éléments qui concourent à cette constitution, comme le fait le projet du Gouvernement et comme le veut une bonne logique, le projet de la Commission, disons-nous, ne traite de la transcription qu'incidemment dans la section relative à la conservation des privilèges et à propos du privilège du vendeur.

Le rapport de M. de Vatimesnil explique à ce sujet que la transcription devant servir en particulier à conserver le privilège du vendeur, il a paru naturel à la Commission de rattacher à ce privilège la question générale concernant l'ensemble des actes de mutation.

20. Ce principe admis, la Commission avait à se poser une autre question non moins grave : celle des effets à attribuer à la publicité qu'elle ordonnait. Question d'autant plus délicate qu'elle se trouvait entre deux solutions absolument opposées, dans chacun des deux projets qui lui étaient soumis, la proposition Pougeard concluant en accordant à l'inscription force probante absolue, le projet du Gouvernement, au contraire, se bornant à la simple inopposabilité à l'égard des tiers et permettant à ceux-ci de discuter ces inscriptions.

La Commission repousse la théorie de M. Pou-

geard. Elle ne juge pas qu'il soit possible d'enlever aux créanciers postérieurs, comme le voudrait celui-ci, le droit de contester les inscriptions qui les priment. Sans doute, il est bien vrai, que, lorsqu'ils ont prêté, ils l'ont fait sur le vu des registres en en sachant qu'il y avait des créances antérieures aux leurs ; mais ce raisonnement n'est pas exact pour tous ; les créanciers à hypothèque légale ne peuvent s'y soumettre, car eux n'ont pas eu à considérer, au moment où leur droit est né, s'il y avait ou non des créanciers à eux préférables. Comment donc leur interdire de profiter des causes de déchéance qui affectent ces créances ?

La conséquence de la théorie de M. Pougeard serait, en définitive, de reconnaître que la masse des créanciers chirographaires est préférable aux créanciers hypothécaires inscrits, puisque la somme qui serait reconnue verbalement au créancier premier en rang dont l'obligation est, par hypothèse, éteinte, sera réservée pour être distribuée aux chirographaires. Il y a là, déclare le rapport, une injustice évidente.

Injustice qui aurait d'ailleurs cet effet désastreux d'être nuisible au crédit immobilier en général. Un débiteur qui vient à nouveau emprunter trouvera facilement un prêteur d'argent s'il peut lui prouver que les créances antérieurement inscrites sont éteintes pour une cause ou pour l'autre. Au contraire, son crédit sera profondément atteint si le seul fait qu'il y a déjà inscription diminue les sûretés des nouveaux

prêteurs en primant en toute hypothèse leur propre créance. Ne serait-ce pas enfin, se demande le rapport, donner une sorte de droit de suite aux créanciers chirographaires ? Au cas où l'immeuble hypothéqué passe en plusieurs mains, ses créanciers devront logiquement avoir le droit de toucher la somme correspondant à la créance dont l'inscription est sans force, somme à propos de laquelle les créanciers postérieurs ne sauraient, d'après M. Pougeard, élever aucune prétention.

Toutes ces objections n'ont pas la même valeur, les deux dernières ne suffiraient pas à réfuter le système de la force probante. Car si le propriétaire de l'immeuble hypothéqué veut emprunter à nouveau, les inscriptions primitives n'ayant plus d'effet, il n'a qu'à faire opérer la radiation, et recouvrer ainsi tout son crédit. Il ne serait pas nécessaire, d'autre part, d'accorder le moindre droit de suite aux créanciers chirographaires ; si l'immeuble a quitté le patrimoine de leur débiteur, leur droit est épuisé s'ils ont suivi la foi de celui-ci et se sont soumis par avance aux aliénations qu'il pouvait consentir. Cependant, on comprend que la Commission ait reculé devant une théorie aussi radicale et ait maintenu, ainsi que le faisait le projet du Gouvernement, l'ancien et traditionnel principe.

21. De même, la Commission fut appelée à se prononcer sur un autre projet « d'un homme habile et d'un citoyen zélé pour le bien public ». L'auteur du « Cré-

dit foncier et des moyens de le fonder » demandait la substitution de la publicité réelle à la publicité personnelle. On sait trop en quoi consistent les deux théories pour que nous devions le rappeler. Cette publicité réelle eût été assurée par la fusion de l'Administration de l'enregistrement et de la conservation des hypothèques, complétée par l'institution d'un domicile légal. La formalité de l'enregistrement serait le point de départ de la publicité, qui serait assurée au moyen de bulletins que les receveurs se communiqueraient entre eux suivant les cas.

Ici encore la Commission se refuse à innover.

Ce serait là un saut dans l'inconnu, auquel elle ne veut point se risquer. Désireuse seulement de faire aboutir quelques réformes pratiques, elle se refuse à tenter une aussi hasardeuse expérience. Du reste, elle estime que les receveurs d'enregistrement ne seraient point aptes à ces fonctions. Ils seraient trop nombreux et on ne pourrait exiger d'eux les garanties que l'on rencontre actuellement chez les conservateurs.

Enfin, le système des communications à faire d'un receveur à l'autre des bulletins contenant les renseignements utiles, a paru aux membres de la Commission être fertile à la fois en complications et en périls.

22. Ces théories générales dégagées, entrons maintenant dans l'examen détaillé de ce projet de

1850, dont on ne saurait trop regretter l'échec, et qui contenait de si excellentes réformes, encore que, sur un point ou deux, il faille peut-être lui préférer le projet du Gouvernement. Nous suivrons dans cette analyse la marche normale d'un exposé du régime hypothécaire qui, du reste, ne diffèrera guère de l'ordre même du Code, respecté par le projet.

Les premiers articles, concernant les dispositions générales, ne sont que la reproduction même du Code (art. 2092 à 2094). Mais aux trois articles de ce chapitre, le projet ajoute une disposition, qui figurait déjà au projet du Gouvernement, et qui décide que l'indemnité due aux débiteurs par suite de la perte de la chose hypothéquée sera attribuée dans l'ordre aux créanciers hypothécaires. « L'indemnité représente la chose », explique le rapport, et, du reste, il n'y a là que la consécration de la clause ordinaire portant cession de l'indemnité d'assurance aux créanciers ; seulement il fallait auparavant, comme dans toute cession, en faire signification aux débiteurs de l'assurance, à l'assureur, formalité qui sera désormais inutile.

23. La matière des privilèges est l'objet de certaines innovations assez remarquables.

Si nous laissons de côté les privilèges sur les meubles qui ne nous intéressent point, nous constatons que jusqu'à l'article qui traite des privilèges spéciaux sur les immeubles (2104 du projet) les disposi-

tions du Code sont maintenues (1). Mais ces derniers privilèges sont assez profondément modifiés : d'abord, le projet en remanie la classification ; il en supprime un, le même que le projet du Gouvernement : le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers. La Commission le juge susceptible de trop de complications (elle lui reproche de rendre une ventilation nécessaire), et d'autre part, inutile ; car le propriétaire n'a qu'à accorder à son entrepreneur une hypothèque conventionnelle qui s'étendra à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (2). De la sorte, la garantie de l'entrepreneur sera plus considérable que sous le régime du Code. Il est permis d'en douter, quelque affirmative que se montre la Commission ; si déjà l'immeuble à améliorer est lourdement chargé d'hypothèques, la garantie conventionnelle donnée à l'architecte sera assez compromise, au lieu que le système du Code lui donnait un droit exclusif sur une valeur à laquelle les autres créanciers ne pouvaient prétendre.

Si le projet supprime ce privilège, il en ajoute d'autres : le privilège du copermutant, consacré par la jurisprudence et admis par le projet du Gouvernement ; le privilège de séparation des patrimoines, qui manquait à l'énumération du Code ; et le pri-

(1) Notons une addition de détail à l'art. 2102 du projet (2101 C. civ.) qui ne fait point de différence entre les marchands en gros et en détail et ajoute à ceux-ci les maîtres de pension.

(2) C. civ. 2133. Projet, 2125.

vilège du donateur, qui, nous le savons, avait été passé sous silence par le projet du Gouvernement. Ce privilège ne saurait, du reste, avoir d'application qu'au cas de donation avec charges. La Commission, tout en reconnaissant la difficulté de l'assimilation du donateur à un créancier, maintient ce privilège et l'étend même à la personne en faveur de laquelle le donateur a stipulé les conditions de la libéralité. Seulement, ce privilège n'existera qu'au cas où, dans l'acte de donation, le donateur a fait consister les conditions à exécuter en une somme fixe : c'est cette somme que garantira le privilège, sinon le droit commun s'appliquera.

24. Mais les modifications du projet sont plus profondes que ce remaniement de l'énumération des privilèges. D'une part, quant aux privilèges des cohéritiers, le Code leur donne de façon assez vague un privilège sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes et retours (article 2103, 3°). Le projet précise d'abord que, pour le privilège qui garantit les soultes, il sera limité aux seuls lots qui doivent la soulte : c'est là en effet la stricte équité. De même, en cas de licitation, il ne pourra s'exercer que sur le seul bien licité. Le mot « immeubles de la succession » était donc trop imprécis. Mais pour la garantie en cas d'éviction, dans quelles conditions s'exercera-t-elle ? Ici le projet précise encore : « l'acte de partage contiendra stipulation d'une somme fixe pour le cas

d'éviction d'un objet déterminé ». Ainsi, à la garantie indéterminée du Code (1), la Commission substitue une garantie fixée conventionnellement par les parties.

En fin d'article, la Commission consacre également une réforme qui lui est commune avec le Gouvernement : le paragraphe 5 de l'article 2104 supprime la disposition de l'article 2105 en décidant que les privilèges généraux ne sauraient s'exercer sur les immeubles préférablement aux privilèges spéciaux. Il a paru à la Commission que, quelque respectables que soient les motifs allégués par les défenseurs de l'ancien article 2101, le gage véritable de ces privilèges devait être pris sur le mobilier. Toutefois, la Commission, reconnaissait que, si ce mobilier était insuffisant, les créanciers à privilèges généraux devaient venir sur les immeubles préférablement aux créanciers chirographaires, après que les créanciers à privilèges généraux auraient été indemnisés.

25. Mais la plus grosse question de la matière des privilèges, qui allait soulever à l'Assemblée législative une importante discussion et provoquer un très remarquable discours de M. Rouher, concernait l'action du vendeur et, en même temps, l'action en reprise du coéchangiste, l'action en révocation du donateur.

On voit bien comment la question se pose : le ven-

(1) Cf. art. 2103 et 2109.

leur impayé a le droit de faire résoudre la vente (en même temps que d'exercer le privilège sur le prix) (art. 1654) ; le coéchangiste évincé a une action en reprise (art. 1705) ; le donateur a une action en révocation pour inexécution des charges (art. 953).

L'exercice de ces actions peut avoir de très fâcheuses conséquences : l'immeuble qui va être l'objet d'une action en résolution, ou en reprise, ou en révocation, a pu rester un certain temps entre les mains de l'acquéreur ou donataire, qui l'a grevé de charges diverses, ou l'a peut-être aliéné de nouveau. Toutes ces opérations tomberont, et les tiers qui auront traité avec l'acquéreur seront lésés.

Les conséquences étaient moins fâcheuses pour le cas de donation, car la donation était soumise à la transcription ; et les tiers pouvaient se renseigner. Mais pour l'action en reprise du copermutant ? Et pour l'action en résolution du vendeur ?

Dans le système du Code, le vendeur possède, outre son action résolutoire, un privilège garantissant le paiement du prix. Il a donc le choix entre les deux actions. Seulement, il ne pourra exercer son privilège que s'il l'a conservé par l'inscription ; s'il a été négligent, il n'aura que l'action résolutoire : nul doute qu'en ce cas il n'y ait recours.

Or, cette action résolutoire ne dépend, elle, d'aucune formalité de publicité ; c'est un droit qui peut impunément rester occulte, et qu'en tout état de cause le vendeur impayé pourra invoquer, de telle façon que les tiers seront d'autant plus facilement

trompés que l'absence de toute mention révélant le privilège les portera plus facilement à croire qu'il n'est plus rien dû au vendeur.

La jurisprudence admettant le privilège du co-permutant, la question se pose pour lui en termes absolument identiques.

La nécessité d'une réforme tendant à faire échapper les tiers aux conséquences fatales de l'action en résolution ou en reprise, ne pouvait donc être contestée.

Dans son article 2105, le projet du Gouvernement avait résolu la difficulté d'une manière qui pouvait paraître satisfaisante, en décidant que, lorsque le conservateur des hypothèques inscrirait d'office le privilège du vendeur, cette inscription d'office contiendrait la mention du droit de résolution au profit du vendeur, mais cela seulement au cas où le vendeur aurait expressément réservé son droit dans l'acte transcrit. Le projet de la Commission va plus loin : il supprime purement et simplement dans son article 2105 l'action résolutoire du vendeur, ou plutôt il la supprime dans tous les cas où elle porterait préjudice aux tiers, à condition que les droits de ces tiers aient été conservés par l'inscription, avant que cette action ait été intentée. C'était là détruire presque totalement les droits du vendeur. De deux choses l'une, raisonnait la Commission : ou le vendeur a conservé son privilège, alors il n'a pas besoin d'action résolutoire puisqu'il aura toujours le premier rang et sera colloqué le premier dans l'ordre. Ou bien, il a laissé s'éteindre son privilège, faute d'ins-

cription, auquel cas il a été négligent. Il doit donc supporter les conséquences de sa propre faute, et il est plus équitable que les effets de cette faute tombent sur lui que sur des tiers de bonne foi.

Bornons-nous à enregistrer ici la décision de la Commission. Sans faire la critique des raisons qu'elle en peut donner, nous retrouverons la question traitée dans toute son ampleur lorsque nous parcourrons les débats qui eurent lieu à l'Assemblée législative.

La question se posant dans les mêmes termes pour le copermutant et pour le donateur, devait être résolue de même. Aussi voyons-nous le projet rejeter également l'action en reprise du coéchangiste, quand elle est susceptible de nuire aux tiers. Que si on objectait que c'est là le désarmer complètement, s'il n'y a pas de soulte, et partant plus de privilège, la Commission répondrait qu'au moment du contrat le copermutant n'avait qu'à stipuler des dommages-intérêts assez importants pour le couvrir au cas d'éviction et que ces dommages-intérêts seraient alors garantis par le privilège.

Pour le donateur, le projet fait une distinction. Pour supprimer l'action en révocation, comme l'action en reprise et l'action résolutoire, il faut que nous nous trouvions dans les mêmes conditions que dans les cas précédents, c'est-à-dire il faut qu'il y ait un privilège correspondant à l'action qu'on veut supprimer ; or le donateur n'a de privilège que si, dans l'acte de donation, les conditions à exécuter sont

évaluées et consistent en une somme fixe. Dans ce cas, on doit logiquement assimiler le donateur au vendeur et le projet anéantit en effet l'action révocatoire toutes les fois qu'elle pourrait être préjudiciable aux tiers. Au contraire, si les conditions mises à la charge du donataire ne sont pas évaluées, il n'y a pas de privilèges et la théorie ne saurait recevoir son application. En ce cas, on se soumettra donc intégralement aux prescriptions de l'article 954 du Code civil : « La même règle, dit dans son paragraphe 2 l'article 2105 du projet, s'applique à l'action en révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, lorsqu'il résulte de ces conditions une créance privilégiée, conformément à l'article précédent. ».

26. Cette grave question maintenant élucidée, nous arrivons ainsi à la matière des hypothèques, et dès l'abord nous rencontrons une des réformes les plus importantes, également accomplies par le projet du Gouvernement, la suppression de l'hypothèque judiciaire.

Nous n'allons point reprendre ici la critique de l'hypothèque judiciaire que nous avons déjà faite. Les principales objections se retrouvent dans le rapport de M. de Vatimesnil ; il nous suffit d'indiquer la solution à laquelle la Commission s'est rangée.

Mais on se rappelle que le projet de M. Pougeard contenait à ce propos une théorie intéressante sur laquelle il fallait bien que la Commission s'expliquât.

L'hypothèque judiciaire étant supprimée, ne convenait-il pas cependant, sans donner au créancier muni d'un jugement un droit de préférence que ne comporterait pas son titre primitif, de lui procurer tout au moins un moyen d'empêcher son débiteur d'aliéner ses immeubles après le jugement ?

M. Pougeard avait imaginé le système de l'opposition, qui frappait d'une sorte d'indisponibilité les immeubles du débiteur.

La Commission repoussa ce système, si ingénieux fût-il. Elle estima, non sans quelque raison, que l'opposition aurait pour conséquence de paralyser la fortune entière du débiteur, de l'immobiliser entre ses mains. Celui-ci serait en somme frappé d'une sorte de « faillite civile », impliquant des déchéances que la loi n'admettait pas.

Sans doute, la proposition de M. Pougeard comportait bien toute une organisation de mainlevées. Mais là encore des difficultés naissaient. C'était, pour parvenir à ces mainlevées, de nouveaux procès en germe ; et, d'ailleurs, ces mainlevées n'étant accordées que contre des garanties supplémentaires, on retombait ainsi dans les défauts de l'hypothèque judiciaire et on obligeait le débiteur à fournir de nouvelles garanties auxquelles la convention ne l'astreignait pas.

Et la conséquence en serait que l'empressement que les créanciers mettent à poursuivre un débiteur suspect, empressement qui est un des inconvénients les plus justement critiqués de cette institution, serait tout

aussi considérable et tout aussi fâcheux, lorsqu'il s'agirait d'obtenir le droit de former opposition. Les entraves que cette opposition mettrait aux liquidations ne seraient pas moindres que celles qu'apportent aujourd'hui les hypothèques judiciaires.

Et d'ailleurs, puisque l'opposition ne doit pas créer de droit de préférence, elle conserverait les droits de tous les créanciers, même non opposants, et paralyserait à leur profit aussi bien qu'au profit de l'opposant la fortune immobilière du débiteur. C'est dire que les aliénations consenties par ce débiteur ne leur seraient pas opposables : c'est leur reconnaître en conséquence, une sorte de droit de suite. Quelle bizarrerie, en vérité, que cette situation de créanciers chirographaires, ayant, sans avoir fait opposition eux-mêmes, un droit de suite sur les immeubles de leur débiteur ! Et ce droit de suite dépendrait uniquement de la mainlevée que consentirait à son gré l'auteur de l'opposition. Que de fraudes, que de collusions à craindre ! et, en même temps, quelles violences faites au principe !

Ce système serait particulièrement désastreux pour les hypothèques légales qu'il écraserait.

Le projet consacre donc purement et simplement la suppression de l'hypothèque judiciaire sans chercher à la remplacer ou à lui substituer une institution différente.

27. Quant aux biens susceptibles d'hypothèque, la Commission ne s'est point contentée des deux paragraphes de l'article 2118 du Code civil (1).

Conformément à la jurisprudence, elle admet l'hypothèque sur le droit de l'emphytéote (paragraphe 3). De même sur le bail à une ou plusieurs vies, sorte d'emphytéose autorisée par la loi du 1^{er} décembre 1790 (2), ainsi que le bail de 30 ans et plus (3), excepté toutefois dans le cas où le contrat de louage contient la prohibition de céder le droit au bail ou de sous-louer. Le colon à domaine congéable peut hypothéquer les édifices et superficies (paragraphe 4). L'article 2110 prend soin de spécifier que l'usufruit que la loi accorde aux père et mère n'est pas susceptible d'hypothèque.

28. La disparition de l'hypothèque judiciaire le réduisait à 2 ans, dans le projet du Gouvernement, les catégories d'hypothèques. La matière des hypothèques conventionnelles ne pouvait faire l'objet de bien des modifications. Le projet, dans l'article 2119, exige simplement un acte notarié au lieu de la formule donnée par l'article 2127 du Code, et admet, ainsi que le précisait également la proposition Pougéard, les obligations hypothécaires rédigées en brevet, ce qui ne paraît pas être une innovation (4). Il

(1) Art. 29.

(2) Loi du 29 décembre 1790, art. 1 qui assimile également ce bail à l'emphytéose.

(3) Loi du 6 août 1791.

(4) Arg. art. 2148 du C. civ.

maintient l'article 2132 du Code, mais en y ajoutant ce tempérament, qu'au cas de créances estimées, le créancier aura la faculté de déclarer la valeur estimative de son obligation par acte postérieur, ce que ne disait pas le Code (art. 2124 du projet).

Les deux grandes innovations en matière d'hypothèque conventionnelle concernent la disparition de l'article 2130 et la création d'obligations hypothécaires transmissibles par endossement.

29. En supprimant l'hypothèque des biens à venir, le projet de la Commission ne fait que reproduire le projet du Gouvernement. Le rapport de M. de Vatimesnil invoque à l'appui de sa thèse les deux arguments connus : qu'il y a dans cette facilité laissée par le Code un encouragement donné à l'usure en même temps qu'une cause d'instabilité pour les placements hypothécaires. L'article 2121 reproduit textuellement l'article 2129 du Code en le complétant par cette précision : « Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués, *même en cas d'insuffisance des biens présents* ».

30. La création d'obligations hypothécaires à ordre appelait une réglementation spéciale. Cette réglementation fait l'objet des articles 2126, 2127 et 2128 du projet.

Les titres constatant des créances garanties par hypothèque seront donc transmissibles par voie d'endossement. Par là, on ne faisait que régulariser une

jurisprudence antérieure, défendue dans l'enquête par de nombreuses Cours et consacrée par deux arrêts de la Cour suprême en date du 21 février et du 11 juillet 1838. La Commission se défend vivement de vouloir recommencer l'expérience tentée en l'an III avec les cédules hypothécaires : on se rappelle que ce souvenir avait dominé les consultations recueillies dans l'enquête et avait été le plus souvent la raison déterminante du refus opposé à cette innovation. Les raisons fournies par M. de Vatimesnil sont du reste concluantes sur ce point. Le seul but que s'est proposé la Commission, en insérant cette réforme dans le projet, c'est tout simplement de donner de plus grandes facilités aux cessions de titres hypothécaires, et par là même, de faciliter le crédit foncier. Avec les cédules hypothécaires, l'institution nouvelle ne présente qu'un point commun, d'ailleurs de pure forme : la possibilité de transmission par endossement. Or, où était le vice de la loi de l'an III ? Dans la possibilité de transmission des cédules sous cette forme ? Pas le moins du monde ; il était dans le mode de création de ces effets : on permettait par là une mobilisation excessive du sol aboutissant à convertir le sol en papier-monnaie, en autorisant ainsi le propriétaire à prendre hypothèque sur soi-même et à en faire argent. La réforme de la Commission ne touche en rien au fond des choses, comme le faisait la réforme de Messidor. Elle ne tend qu'à une chose : à simplifier les formes de la transmission des créances hypothécaires. Et par là, elle croit rendre service

à l'emprunteur aussi bien qu'au prêteur : à l'emprunteur, en facilitant les prêts, car le capitaliste ne craindra pas d'immobiliser son argent pour longtemps ; au prêteur, qui, par la négociation rapide de son titre, trouvera plus facilement de l'argent en cas de besoin.

La réforme est féconde : du reste les pays qui l'ont adoptée ont vu le taux de l'intérêt baisser de façon sensible ; il en sera de même de la France. « Sans cette réforme, insistait M. de Valimesnil, le crédit foncier ne saurait se constituer d'une manière complète. »

Dans l'organisation pratique de cette réforme, il faut parer à un premier danger : le débiteur doit toujours avoir la faculté de faire des offres, comme l'acquéreur doit toujours savoir à qui notifier son contrat.

Le projet du Gouvernement et celui de la Commission y pourvoient en rendant obligatoire la formalité de la mention de l'endossement en marge de l'inscription primitive. Avant cette mention, l'endossement ne produira aucun effet. L'article 2126 décide, en outre, contrairement à certaine jurisprudence, que l'endossement ne pourra plus avoir lieu après l'échéance : ce serait là, en effet, le moyen de faire revivre frauduleusement des titres éteints sans que les tiers puissent se méfier.

Quant au recours du porteur, le caractère mixte de l'opération appelait quelques remarques. Le rapport fait très justement observer que, si l'opération

est une opération civile entre le prêteur et l'emprunteur, elle prend le caractère commercial à l'égard des endosseurs ; dès lors, le projet pose comme règle générale la garantie des endosseurs, mais il décide que cette garantie ne sera que facultative et que l'on pourra s'y soustraire : le recours du porteur s'exercera suivant les règles posées par le droit commercial en matière de billets à ordre. Mais les délais sont modifiés : entre l'échéance et le commandement, au lieu du délai de 20 jours qu'accordait le projet du Gouvernement, la Commission se contente d'un délai de 15 jours. Après le commandement, le délai sera de 30 jours pour agir en garantie.

Cette action en garantie, quel Tribunal aura compétence pour en connaître ? Le projet du Gouvernement admettait la compétence exclusive du Tribunal civil. Au contraire, la Commission voyant là un des aspects commerciaux de l'opération, donne compétence au Tribunal de commerce de la situation des biens hypothéqués. Comme le projet du Gouvernement, le projet de la Commission interdit de façon formelle toute obligation hypothécaire au porteur (art. 238) ; l'article 2127 fixe quelques règles secondaires pour le paiement des acomptes.

31. Les hypothèques légales maintenues telles qu'elles se trouvent dans le Code ne soulevaient de difficultés sérieuses qu'à propos de la publicité à leur donner. Les articles 2113 et 2114 du projet ne font que reproduire exactement la section première du

chapitre 3 du titre des hypothèques au Code, avec une annonce des réformes projetées, à l'article 2114. Cet article, qui est le même que l'article 2122, porte que le créancier à hypothèque légale pourra exercer « son droit... sur les immeubles et *les droits* appartenant à son débiteur et sous les modifications et les *conditions ci-après* ». Ces deux détails de rédaction situent l'article dans l'ensemble du projet.

Mais à cette section première, le projet de la Commission ajoute une disposition importante qui fixe une réforme dont nous nous sommes occupé à plusieurs reprises et que le projet du Gouvernement avait lui-même consacrée par son article 2172 (1) : il s'agit des actes de cession consentis par la femme sur son hypothèque légale et dont l'opinion demandait avec raison la publicité. Les dispositions du projet sont très nettes à ce sujet.

« Les femmes ne peuvent céder leur hypothèque légale aux créanciers envers lesquels elles s'obligent conjointement avec leurs maris, ni renoncer à cette hypothèque en faveur de ces mêmes créanciers que par acte authentique.

» Les créanciers ne sont saisis du droit qui en résultera pour eux que par la mention de la cession ou renonciation faite en marge de l'inscription de la femme.

1) Le projet Pougeard contenait à ce sujet une lacune importante.

» Les dates de ces mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui auront obtenu ces cessions ou renonciations exerceront les droits hypothécaires de la femme. » (Art. 2145.)

32. Par là, on fait déjà application du principe de la publicité que le projet va, dans sa section 3, à laquelle nous arrivons, généraliser pour toutes les hypothèques et qui va nécessiter des innovations importantes pour les hypothèques légales.

L'organisation de la publicité des hypothèques légales est sensiblement différente dans le projet de la Commission et dans celui du Gouvernement. Certains principes leur sont bien communs : mais on peut relever d'assez notables divergences dans leur application pratique.

Et d'abord, relativement aux sûretés à donner au mineur et à l'interdit, au lieu de laisser au tuteur, comme le fait le Gouvernement, le soin de prendre l'inscription nécessaire, et, à son défaut, d'y astreindre le subrogé-tuteur ou un tiers commis par le conseil de famille, toutes personnes qui, soit par incurie, soit par crainte révérentielle du tuteur, ne rempliront pas leur devoir, la Commission estime que « l'action d'un officier public est plus sûre, parce qu'elle est plus indépendante et que sa responsabilité est plus étroite ». Aussi charge-t-elle le greffier de la justice de paix de prendre l'inscription (art. 2130).

De plus, tant que l'inventaire des biens qui échoient

au mineur n'est pas fait (1), comment prendre inscription ? Le Gouvernement n'y pourvoit pas. La Commission propose sur ce point de faire prendre au nom de l'incapable une prénotation pour somme indéterminée (2) que le conseil de famille fera fixer plus tard à la demande du tuteur qui prendra l'inscription régulière. Cette prénotation produira effet indéfiniment tant que le conseil de famille n'aura pas opéré cette fixation, et tant que cette fixation ainsi que la délibération du conseil n'aura pas été portée en marge de l'inscription primitive. Par cette mention, l'inscription primitive sera réduite à ladite somme (art. 2134).

33. *Si au cours de la tutelle, des suppléments de garantie sont nécessaires en faveur du mineur ou de l'interdit, les articles 2136 et 2137 y pourvoient : le notaire qui recevra les actes qui peuvent donner lieu à une augmentation des créances de l'incapable contre son tuteur, sera tenu d'en donner avis au juge de paix du lieu de la tutelle, de lui envoyer extrait de l'acte et de mentionner l'envoi en marge de la minute (3). S'il s'agit de succession, le conseil de famille, appelé à délibérer sur l'acceptation, verra s'il y a lieu d'augmenter les garanties (4), et le mineur

(1) L'ouverture d'une tutelle coïncide le plus souvent avec l'ouverture d'une succession au profit des mineurs.

(2) Art. 2133.

(3) Art. 2136.

4) Notons le vague du projet du gouvernement qui ne parle que « des éventualités de la responsabilité du tuteur ». Art. 2149.

n'aura alors hypothèque légale pour la garantie supplémentaire qu'à la date de l'inscription prise à raison de cette garantie (art. 2137).

34. Deux autres hypothèses peuvent encore se présenter : ce ne sont plus les éléments du patrimoine qu'il faut envisager, mais les éléments de la fortune du tuteur ; le projet pourvoit, à ce double point de vue, à une double éventualité ; d'une part, l'insuffisance de la garantie hypothécaire chez le tuteur ; celui-ci peut ne pas avoir de fortune immobilière, du moins en avoir une très minime. Le conseil de famille pourra alors ordonner que tous les capitaux appartenant au mineur ainsi que les excédents de ses revenus soient versés à la Caisse des dépôts et consignations (art. 2141). Le subrogé-tuteur devra en exiger la justification chaque année ; d'autre part, il peut arriver, en sens contraire, que le tuteur ait augmenté son patrimoine par l'acquisition de nouveaux immeubles qui ne seraient point inutiles à garantir les créances de son pupille. Il sera dès lors tenu, sous peine de destitution, et, à son défaut, le subrogé-tuteur sera tenu de prendre inscription sur les nouveaux immeubles.

L'obligation est de droit : il faudrait une délibération contraire du conseil de famille au moment de la première inscription, déclarant qu'il ne serait pas pris inscription sur les immeubles à venir pour en dispenser le tuteur. Enfin, pour assurer toujours le premier rang à l'incapable, sans nuire aux tiers qui

pourraient traiter avec le tuteur, le projet laissait un délai de deux mois pour opérer l'inscription, délai pendant lequel aucune inscription ne pouvait être prise au détriment de celle du mineur, à l'exception toutefois de celle de la femme du tuteur ou de celle d'autres pupilles.

35. Cette hypothèque de la femme est aussi organisée en détail dans le projet. Celui-ci distingue trois situations selon qu'il s'agit de protéger les droits de la femme résultant du contrat de mariage ou qu'il s'agit des droits advenus à la femme pendant le mariage ou qu'enfin il faille faire porter l'hypothèque sur des biens recueillis ou acquis par le mari pendant le mariage.

L'article 2144 décide, sur le premier point, que tout contrat de mariage déterminera la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale, et les immeubles sur lesquels elle portera, et cela à peine de 100 francs d'amende pour le notaire (1), et les sanctions seront les mêmes que celles qui frappent le greffier de la justice de paix auquel incombe la même obligation à l'égard du mineur.

Mais s'il n'y a pas de contrat ? On se rappelle que

(1) Le notaire sera directement chargé de faire opérer l'inscription au lieu que dans le projet du gouvernement c'était le mari qui en était chargé le premier ou, à son défaut, sous peine de responsabilité, le notaire. Comment obliger le notaire à surveiller le mari ? Mieux vaut créer une obligation directe à la charge du notaire.

le projet du Gouvernement faisait peser dans ce cas l'obligation d'inscrire sur le mari ou sur la femme, ou sur les parents, les amis, les témoins (art. 2160, paragr. 5).

La Commission modifie ici le principe même : quand il n'y aura pas contrat, il n'y aura pas d'hypothèque légale : « La Commission ne peut admettre, écrit M. de Vatimesnil dans son rapport, que la femme qui se marie sans contrat ait une hypothèque au moment même du mariage. Le mobilier qu'elle apporte tombe dans la communauté, et la femme renonçante n'a pas le droit de reprendre ce mobilier. »

Il n'y a donc pas d'hypothèque de ce chef. Quant aux immeubles de la femme, l'hypothèque ne peut naître qu'au moment de leur aliénation ; elle n'existe donc pas au moment du mariage.

36. Le rapport fait en outre remarquer avec juste raison l'inconséquence du projet du Gouvernement, qui décide que l'hypothèque datera de la célébration du mariage (1) et qui veut qu'on inscrive avant la célébration (2). Ainsi l'inscription serait antérieure à l'hypothèque. Le projet de la Commission est plus logique quand il fait remonter la date de l'hypothèque au jour du contrat de mariage (3). La jurisprudence courante s'était montrée hostile à cette date

1) Art. 2142, P. G.

(2) Art. 2156, P. G.

(3) Art. 2143, P. Com.

et préférerait le jour de la célébration. « Sans doute, reconnaît la Commission, l'hypothèque de la femme est conditionnelle, elle n'existera d'une manière définitive qu'autant que le mariage sera célébré, et elle s'évanouira si cette délibération n'a pas lieu par l'effet soit du décès de l'un des futurs époux, soit d'une rupture. Mais l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif, conformément aux principes généraux du droit (art. 1179 du Code civil), et la date de l'hypothèque se trouve invariablement fixée au jour de l'inscription, prise en vertu du contrat, quoique cette inscription soit antérieure à la célébration. » Si le mariage n'avait pas lieu, la radiation de l'inscription devenue inutile serait opérée sur présentation, soit d'un acte authentique constatant la résiliation, ou, à défaut d'acte, d'un jugement.

37. Quant au droit résultant pour la femme d'actes et de faits postérieurs au contrat de mariage, le projet de la Commission ne va pas jusqu'à obliger encore le notaire à faire lui-même l'inscription ; il estime qu'il suffit que la femme soit avertie et interpellée par lui, sur le point de savoir si elle entend ou non prendre inscription ; ce n'est qu'au cas de réponse affirmative que le notaire devra faire inscrire. Du reste, le refus de la femme à faire opérer l'inscription, au moment où elle est interrogée, ne la lie en rien pour l'avenir. Son refus n'équivaut pas à renonciation. Le projet du Gouvernement ne contenait rien relativement au mode de conservation des

droits de la femme sur les bien adventifs du mari. C'était évidemment une lacune ; la Commission, renouvelant ici les dispositions acceptées pour le mineur, donne un délai de deux mois pour opérer l'inscription, à compter de l'entrée des biens dans le patrimoine du mari et reconnaît à ces délais l'effet rétroactif (art. 2146). C'est à la femme ou aux tiers qui prennent ses intérêts à assurer cette inscription.

38. Enfin, le projet de la Commission, après avoir déterminé de façon assez large les personnes qui peuvent prendre inscription, de façon générale dans l'intérêt du mineur ou de la femme (1), s'occupe de la réduction des hypothèques légales au cours du mariage. Contrairement au Code civil (art. 2144), il admet que le mari pourra demander cette réduction même si la femme y fait opposition. Cette demande sera faite par voie d'action au cas où les époux seraient en désaccord ou simplement par voie de requête, s'ils peuvent s'entendre.

Le conseil de famille, réuni pour donner son avis à cet égard, sera de 6 parents au lieu de 4 (article 407 Code civil) ; ces dispositions font l'objet des articles 2148, 2149 et 2150 du projet de la Commission.

En somme, sur cette matière de la restriction des hypothèques légales, il ressort du projet de la Commission qu'il y aura désormais trois sortes de res-

(1) Parents, alliés, amis, procureur de la République, juge de paix (art. 2147).

trictions possibles : une restriction amiable (celle qui a lieu avant le mariage ou la tutelle) ; une restriction conventionnelle (quand le mari et la femme s'entendent) ; une restriction judiciaire (quand le mari demande cette restriction malgré l'opposition de la femme) : c'est sur ce point surtout que porte l'innovation.

39. Outre cette réglementation de la publicité des hypothèques légales, la Commission avait, dans ce même ordre d'idées, à consacrer une innovation capitale; que nous avons déjà signalée et qui, par une rédaction incontestablement très critiquable, se trouve traitée en un seul article et incidemment, au lieu d'être placée, comme c'eût été normal, au fronton même de l'œuvre que l'on entendait édifier : nous voulons parler de l'extension de la publicité à tous les actes de mutation.

L'article 2152 formule la réforme qui est, ainsi que nous l'avons dit, limitée aux seuls actes entre vifs. « L'article 2092 du projet du Gouvernement, déclare le rapport, ne s'applique évidemment qu'aux actes entre vifs à titre onéreux ou à titre gratuit. » De même pour le projet de la Commission, qui étend l'obligation de la publicité aux actes de renonciation. Par contre; la Commission supprime la disposition du projet du Gouvernement, aux termes de laquelle les receveurs d'enregistrement étaient tenus de communiquer aux conservateurs des avis concernant les droits successifs dont ils pouvaient avoir connais-

sance : article 2152 : « Les transmissions entre vifs à titre onéreux ou gratuit des immeubles et des droits immobiliers susceptibles d'hypothèques, aux termes de l'article 2110, ne s'opère à l'égard des tiers que par la transcription du titre d'acquisition ou du jugement qui aura reconnu et déclaré l'existence d'une aliénation verbale. »

« Cette transcription, explique M. de Vatimesnil, ne confère aucun droit et n'est nécessaire pour la conservation d'aucun droit. » C'est vrai dans le système de la Commission, mais il pouvait y avoir là un moyen de renseigner les tiers sur les mutations à cause de mort.

Les différences avec le projet du Gouvernement apparaissent plus nombreuses si, des actes, nous passons aux droits à transcrire. Cette transcription de certains droits immobiliers, le projet de la Commission autorise qu'elle soit faite par de simples extraits. Il y soumet les droits non susceptibles d'hypothèque : usage, habitation, servitude, antichrèse (que repousse le projet du Gouvernement). Pour les servitudes, alors que le Gouvernement soumettait à la publicité toute servitude, la Commission décide que les tiers ne sont pas recevables à invoquer le défaut de transcription, si leur titre est postérieur au signe apparent qui manifeste la servitude ; de plus, elle exigerait la publicité de la suppression de la servitude aussi bien que de sa création, les deux faits intéressant également la propriété.

La Commission repousse également la doctrine du

projet du Gouvernement en matière de partage. Ce projet soumettait à la transcription les actes de partage et les actes d'adjudication. Argumentant de l'article 883 et du principe de l'effet déclaratif du partage, la Commission décide qu'il n'y aura pas lieu de publier les actes de partage, ni ceux d'adjudication. Du reste, ajoute le rapport, ce serait là une formalité bien inutile, puisque les tiers doivent normalement savoir que le cohéritier avec qui ils traitent a un droit éventuel, si on est avant le partage, et doivent, dans l'hypothèse contraire, avoir la précaution de se faire représenter l'acte de partage avant que de traiter.

Publicité des hypothèques légales, publicité des mutations, telles sont les deux innovations capitales du projet de la Commission. Ce projet devait également, même dans les cas où la publicité était déjà assurée, combler quelques lacunes.

40. La séparation des patrimoines fait l'objet des modifications les plus importantes ; d'une part, le délai dans lequel les créanciers durent s'inscrire fut modifié et porté de 3 mois à 6 mois ; d'autre part, il fut décidé que, même au cas d'acceptation bénéficiaire de la part de l'héritier, les créanciers héréditaires n'en seraient pas moins tenus de prendre inscription.

Le désir d'unifier tous les délais en cette matière expliquait la première réforme de la Commission (1).

(1) Cf. art. 2140, 2146, 2155 et 2157 du P. Com.

Quant à la seconde, le rapport expliquait l'intérêt qu'il y avait à maintenir l'obligation de l'inscription même au cas d'acceptation bénéficiaire. Si, en effet, l'héritier bénéficiaire fait acte d'héritier, il sera censé avoir accepté purement et simplement ; dès lors, il pourra vendre, hypothéquer les biens de la succession, et les tiers ignoreront qu'à l'origine il y avait eu acceptation bénéficiaire. Seulement, les créanciers de la succession viendront alors à l'encontre des créanciers de l'héritier, postérieurs au décès du *de cuius*. Ceux-ci leur diront bien : « Aucune inscription ne nous a informés de votre privilège » ; les créanciers de la succession pourront légitimement répondre : « Ne sont tenus d'inscrire que ceux qui sont obligés de demander la séparation des patrimoines : or, nous n'avons pas besoin de celle-ci, l'héritier ayant, dès le début, par le fait de son acceptation bénéficiaire, divisé les deux patrimoines. L'acceptation pure et simple qui a suivi ne saurait nous préjudicier ». Raisonement d'une rigoureuse logique et que deux arrêts de cassation étaient venus confirmer (Cass., 18 juin et 18 novembre 1833). La Commission met fin à cette difficulté en exigeant toujours la publicité du privilège.

41. Signalons enfin, après avoir indiqué que la Commission maintient le privilège de l'Etat sur les biens des comptables à la condition de le faire inscrire dans les deux mois (privilège que le projet du Gouvernement supprimait : art. 2105), la résistance

de la Commission à admettre que l'hypothèque puisse être cédée indépendamment de la créance. Le Gouvernement avait proclamé la légitimité de cette cession ; la Commission s'élève contre cette prétention, l'estimant contraire au principe et sujette à de graves inconvénients... Le créancier en ferait un trafic fâcheux en la faisant frapper sur d'autres immeubles. L'article 2159 du projet est la conséquence de cette tendance. « Le cessionnaire de toute créance privilégiée ou hypothécaire et la personne valablement subrogée dans ladite créance, exerceront sur l'immeuble les mêmes droits que le cédant ou le subrogeant. Le cessionnaire ou subrogé par acte authentique pourra faire faire mention, en marge de l'inscription prise par son auteur, du titre par lequel la cession ou subrogation aura été effectuée. L'effet de cette mention sera d'empêcher que postérieurement à sa date, l'inscription ne puisse être rayée au préjudice du cessionnaire ou du subrogé. »

42. La question des modifications à apporter dans la forme des inscriptions hypothécaires ne pouvait amener que quelques réformes pratiques, les principes n'entrant ici que rarement en jeu. Dans la pensée du législateur de 1850, la meilleure façon d'éviter les erreurs ou les omissions dans les inscriptions était de faire du registre la reproduction exacte du bordereau. L'un et l'autre auront donc la même disposition : division en sept colonnes correspondant chacune à l'une des indications qu'énumère l'article 2162 du

projet reproduisant l'article 2148 du Code civil : 1° nom, prénom, domicile du créancier ; 2° nom, prénom, domicile du débiteur ; 3° date et nature du titre ; 4° montant du capital et des accessoires ; 5° époque de l'exigibilité ; 6° situation des biens ; 7° élection d'un domicile.

Quant au nombre des bordereaux à remettre au conservateur, alors que le Code civil en exigeait toujours deux, et le projet du Gouvernement toujours un seul, le projet de la Commission fait une distinction. En matière d'hypothèque conventionnelle, un seul bordereau suffira, signé du notaire instrumentaire ; en toute autre matière, il faudra deux bordereaux, dont le conservateur gardera l'un et remettra l'autre à la partie requérante : ici, en effet, le notaire n'intervient pas, et il faut que la responsabilité du conservateur soit à couvert.

Pour les privilèges, il suffira de présenter un titre sous seing privé au conservateur pour obtenir l'inscription (art. 2161) ; et aucun titre ne sera nécessaire pour les hypothèques légales.

Au cas de cession ou de subrogation relative à l'hypothèque légale, le conservateur devra certifier qu'il a fait la mention en marge de l'inscription (art. 2165).

43. L'arrêt du cours des inscriptions et leur renouvellement donne lieu à deux réformes importantes.

L'article 2146 du Code civil décidait, dans son pa-

ragraphe 2, que les créances d'une succession ne pourraient plus être inscrites sur les immeubles de cette succession, après l'ouverture de celle-ci, dans le cas où l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire. La Commission supprime ce paragraphe : désormais l'acceptation bénéficiaire n'arrêtera plus le cours des inscriptions : « La mort de leur débiteur et l'acceptation bénéficiaire ne peuvent rendre la situation des créanciers héréditaires hypothécaires plus mauvaise ». Ce serait d'ailleurs, pour la Commission, détruire trop facilement l'hypothèque légale, soumise à l'inscription, si le mari ou le tuteur décédait avant d'inscrire. La seule justification de cette disposition, consistant à prétendre qu'elle atténuait tant soit peu l'accumulation des poursuites qui auraient pu se produire en vue d'obtenir l'hypothèque judiciaire, disparaissait avec la suppression même de cette hypothèque. L'article 2166 du projet ajoute dans cet ordre d'idées cette règle que, si le créancier décède avant d'avoir pu prendre inscription, les héritiers du créancier pourront prendre inscription sous le nom de leur auteur, de même qu'aux termes de l'article 2149 du Code civil, le créancier peut le faire, au cas de décès du débiteur, sous le nom de ce débiteur.

44. En matière de renouvellement d'inscription, la Commission se sépare du Gouvernement. Elle maintient l'obligation de renouveler, mais elle la rend moins étroite que sous le Code, en n'y obligeant le créancier que tous les 30 ans. La fréquence du re-

nouvellement fait se reproduire plus souvent les difficultés qui surgissent à ce point de vue quand il faut savoir si l'inscription a ou non produit tout son effet ; le délai trentenaire diminue également les cas de péremption d'inscription par suite du décès du créancier dans la dixième année de l'inscription, décès qui est le plus souvent la seule cause de l'oubli que commettent les héritiers d'opérer un renouvellement dont ils ignorent l'immédiate nécessité.

Cette obligation de renouvellement cesse quand il s'agit des hypothèques légales. Pendant le cours de la tutelle et du mariage, l'inscription de l'incapable continuera de valoir sans être renouvelée, et cette faculté survit à l'expiration de l'incapacité pendant l'année qui suit : « Néanmoins, décide l'article 2171, les inscriptions d'hypothèques légales prises au profit des interdits et des femmes mariées, sont dispensées de tout renouvellement pendant la tutelle et le mariage, et pendant l'année qui suivra la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage. »

La même disposition est étendue à l'hypothèque légale de l'aliéné non interdit (cas prévu par l'article 34 de la loi du 30 juin 1838).

45. Cette inscription ainsi réglementée, que devait-elle conserver ? L'article 2151 du Code civil limitait les intérêts conservés par l'inscription à ceux de deux années et de l'année courante : la jurisprudence n'appliquait point cette disposition aux créances privilégiées, et décidait que, quant à elles, l'inscription du

privilège conservait la totalité des intérêts du prix (1) ; le projet du Gouvernement maintenait l'article 2151 du Code, mais accordait au vendeur une faveur spéciale en déclarant ses intérêts conservés pendant 5 ans.

La Commission décide de tout unifier, de ne point parler d'années d'intérêts, mais de limiter la somme que devait garantir l'inscription de la créance du prix au dixième de ce prix, ce que formule l'article 2168.

46. Enfin, ce chapitre concernait le mode d'inscription des privilèges et des hypothèques, et amenait la Commission à se prononcer sur une question encore incertaine, celle de la sanction qu'il fallait donner à l'omission ou à l'irrégularité des formalités exigées par la loi dans cette matière. On connaît assez les fluctuations de la jurisprudence et les réclamations des Cours et Facultés.

La Commission décide formellement qu'il n'y aurait plus, à ce sujet, de formalités essentielles devant entraîner nécessairement une nullité absolue. Il n'y aura nullité que s'il y a eu préjudice : « Les inscriptions, dit très justement M. de Vatimesnil, n'ont d'autre objet que de faire connaître aux tiers les charges hypothécaires dont un immeuble est grevé, et de leur donner, relativement à ses charges, toutes les

1) 5 mars 1816, 1^{er} mai 1817, 16 mars 1820.

notions dont ils avaient besoin pour traiter en sûreté avec le débiteur. » La conséquence doit en être que les énonciations présentées par la loi peuvent être remplacées par des renseignements équivalents ; et même, si ces équipollents font défaut, mais si, d'autre part, leur omission n'a pu causer de préjudice aux tiers, il n'y aura pas lieu à nullité. Si le préjudice n'a été que partiel, une simple réduction sera prononcée. C'est là ce qu'indique très nettement l'article 2163 : « Elles (les inscriptions) ne pourront être attaquées que par ceux auxquels ces infractions auraient porté préjudice, et les Tribunaux pourront, suivant la nature et l'étendue du préjudice, annuler l'inscription ou en réduire les effets. »

47. Les hypothèques constituées, les inscriptions régulièrement prises, il faut, pour mettre en action les droits qu'elles impliquent, qu'une aliénation interviene, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause ou la forme (saisie immobilière ou vente amiable). Le projet conserve le droit de préférence et le droit de suite avec leurs caractères essentiels, mais apporte aux théories du Code quelques dérogations importantes.

Dans le système du Code, le tiers détenteur n'est pas en cette seule qualité tenu personnellement vis-à-vis des créanciers hypothécaires (Argt., article 2170). Il n'est tenu qu'en sa qualité de débiteur, et de là, découlent des conséquences pratiques dont traite le Code au chapitre 6.

La Commission modifie le principe du Code : le

tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué est tenu personnellement, par le seul fait de son contrat, envers les créanciers hypothécaires de son auteur, et de là, dans le projet, des dispositions complètement nouvelles.

L'article 2175 lui permet de faire les notifications nécessaires jusqu'à la dénonciation de ces immeubles, c'est là une simple modification pratique. Mais, du fait qu'il est tenu personnellement, il va résulter d'abord qu'il ne pourra se soustraire aux conséquences de son contrat.

C'est la suppression du bénéfice de délaissement : l'acquéreur ne pourra pas dire : j'abandonne le bien acquis par moi, faites ce qu'il vous plaira. Il est tenu du prix par lui stipulé dans l'acte, et si l'immeuble saisi sur lui est vendu à un prix inférieur au prix d'achat, les créanciers auront le droit de lui réclamer la différence. S'il l'a revendu sans être libéré, il n'en est pas moins tenu encore de la différence qui pourrait se produire entre son propre prix d'achat et le prix qui résulterait d'une adjudication survenue à suite de saisie immobilière ou de surenchère, faite contre le sous-acquéreur [article 2177] (1).

(1) On ne saurait dire cependant que le donataire ou le copartoutant sont personnellement tenus de la dette de leur auteur. La Commission l'estime ainsi : mais les complications qu'entraîne le délaissement (nomination d'un curateur et autres formalités des art. 2172 et suivants du Code civ.), et, de plus, le fait que le tiers détenteur connaît toujours, par les inscriptions, la situation au moment où il s'engage et les risques qu'il peut courir, l'ont déterminée à supprimer encore dans ce cas le bénéfice de délaissement.

48. Il va en résulter encore la disparition du bénéfice de discussion. Puisque l'article 2170 fait de ce bénéfice une conséquence de ce que le tiers détenteur n'est pas tenu personnellement à la dette, sa suppression doit résulter du principe contraire. L'équité l'exige d'ailleurs ainsi. Pourquoi forcer le créancier, qui peut ne pas venir en rang utile sur les autres immeubles, à faire sur ces immeubles des frais frustratoires : « L'aliénation, dit encore M. de Vatimesnil, ne doit pas rendre la situation du créancier plus défavorable en le soumettant à une épreuve à laquelle il ne serait pas astreint si cette aliénation n'avait pas lieu. » On objecte que le tiers détenteur est dans une situation analogue à celle de la caution : c'est là une assimilation inexacte, car le créancier contracte avec la caution aussi bien qu'avec le débiteur principal, et accepte fort bien, à ce moment-là, que la caution lui oppose éventuellement le bénéfice de discussion ; du reste, la question perd beaucoup de son intérêt, si l'on songe que le projet a supprimé les hypothèques générales.

49. Le projet du Gouvernement, décidant que la transcription serait obligatoire pour rendre l'acte opposable aux tiers, en avait tiré cette conséquence logique que, la transcription une fois opérée, les créanciers ne pourraient plus inscrire d'hypothèque, ni de privilège sur le bien aliéné (1). Par une contradiction

(1) P. G. 2098-2098.

étrange, la Commission, qui adopte le même principe, continue à maintenir le délai de quinzaine après transcription, pendant lequel l'article 834 permettait encore d'inscrire. Elle estime que la solution du Gouvernement est trop rigoureuse, et permettrait trop facilement les fraudes. Le délai de quinzaine ne saurait être dangereux ; l'acquéreur n'aura qu'à attendre 15 jours pour être absolument fixé sur les charges de l'immeuble. La solution n'en est pas moins fâcheuse.

50. La disparition du caractère occulte des hypothèques légales unifiait la procédure de la purge et entraînait la suppression totale du chapitre 9 du Code. Il n'y aura plus, dès lors, qu'une seule sorte de purge : la purge des hypothèques inscrites. Quelles réformes propose à ce sujet la Commission ?

Outre des modifications de rédaction, dans le détail desquelles il serait superflu d'entrer, et qui ont pour but d'adapter les divers textes qui en sont l'objet, avec l'ensemble des réformes accomplies par ailleurs, le chapitre de la purge présente quelques innovations particulièrement intéressantes.

Il faut citer, en premier lieu, la dispense de notification aux créanciers, au cas où le prix d'achat de l'immeuble hypothéqué serait supérieur au total des inscriptions : « Lorsque le prix principal d'une vente consistera en un capital fixe, stipulé en argent, et que ce capital excèdera le montant total des créances inscrites, en principal et accessoire, l'acquéreur ne fera

pas de notification aux créanciers inscrits, et dans le cas où il en ferait, les frais de notification resteront à sa charge » (article 2181). Réforme qui opère une simplification utile : il est évident, en effet, que les notifications sont alors inutiles, puisque tous les créanciers seront payés.

51. Non moins importante est la réforme de l'article suivant : Le Code civil (article 2184), en obligeant l'acquéreur à acquitter sur-le-champ toutes les créances exigibles et non exigibles, consacrait une double injustice, à l'égard du tiers détenteur, qui devait avoir droit aux mêmes bénéfices que son auteur, et surtout à l'égard des créanciers, forcés de recevoir de suite leur paiement, et voyant par là modifiées malgré eux, les conditions de leur contrat. La Commission décida de maintenir le terme, même après la purge. Il n'était point, en effet, nécessaire à l'ordre de rendre toutes les créances immédiatement exigibles. Ne voyait-on pas tous les jours, colloquer les créances conditionnelles ? pourquoi ne pourrait-on pas colloquer les créances non échues ? C'était la décision de la loi de Brumaire an VII, dans son article 30, qui ne parlait que des dettes échues. L'acquéreur... sera tenu d'acquitter les dettes... « dans les mêmes termes et de la même manière qu'elles ont été constituées ». De même, l'article 2182 du projet décrète : « A moins de dispositions contraires dans les titres de créance, l'acquéreur jouira des termes et délais accordés aux débiteurs originaires et obser-

vera ceux qui auront été stipulés en faveur des créanciers. »

52. La troisième réforme que nous devons signaler, est contenue dans l'article 2183 du projet qui répond à l'article 2185 du Code. Il le reproduit, du reste, textuellement, sauf en ses paragraphes 3 et 5. Au paragraphe 3, il ne s'agit que d'un détail : la signification de la réquisition de mise aux enchères sera faite, non seulement au tiers détenteur et à l'ancien propriétaire, mais encore « au conservateur des hypothèques, lequel visera l'original, et fera immédiatement mention de la surenchère en marge de la transcription de l'acte de vente. » Le but de cette formalité nouvelle est d'avertir les tiers et de leur permettre de traiter sûrement avec le nouveau propriétaire, lorsque dans les 40 jours des notifications par lui faites, aucune mention de surenchère n'apparaît aux registres.

Le paragraphe 5 formule une réforme plus frappante, en changeant le montant de la caution à fournir et en le réduisant à un dixième du prix ; on sait que le Code exigeait une caution égale aux prix et aux charges.

La Commission s'était même demandé s'il ne convenait pas de supprimer l'obligation de donner caution ; on pouvait tirer argument en ce sens de ce qui se passe en matière de vente judiciaire, où la caution n'est pas exigée. Mais la situation est différente dans les deux cas : c'est pour ainsi dire la mê-

me vente qui se continue au cas de surenchère après vente en justice ; le délai est beaucoup plus court (huitaine). Ici, il importe d'éviter les imprudences des autres créanciers inscrits. Seulement, si on maintient l'obligation d'inscrire une caution, la Commission veut que cette obligation soit restreinte. Le cautionnement de l'article 2185 du Code civil est inutile : « A quoi peut servir un cautionnement aussi large ? Si le surenchérisseur ne reste pas adjudicataire, il est déchargé ; s'il reste adjudicataire et paie son prix, le cautionnement ne reçoit pas d'application ; le cautionnement n'est donc utile que dans un seul cas, savoir : celui où le surenchérisseur étant resté adjudicataire et ne payant pas, il est procédé à une folle enchère qui amène une nouvelle adjudication, dont le prix se trouve inférieur à la précédente. Le cautionnement sert alors de garantie aux créanciers, pour la différence qui existe entre les deux prix. » La raison est en effet concluante ; et on doit approuver la Commission d'avoir ainsi allégé les créanciers surenchérisseurs, et comblé sur ce point une lacune du projet du Gouvernement. Un cautionnement du dixième sera bien suffisant : le risque de perdre la somme suffira à rendre les créanciers plus prudents.

53. Enfin, l'article 2184 consacre une dernière innovation en matière de purge : par cet article, la Commission a voulu que la faculté de surenchérir fût accordée non seulement aux créanciers inscrits, mais encore aux endosseurs de l'obligation hypothécaire,

et généralement aux garants. Quand ceux-ci ont payé, en effet, ils sont subrogés aux créanciers désintéressés, et la question ne se pose pas ; mais quand ils n'ont pas payé, il est bien juste qu'ils aient le même droit pour se dégager, s'ils le peuvent, des obligations qui pourraient peser sur eux. Ils y arriveront au moyen de la surenchère. Envers eux, toutefois, le tiers détenteur ne serait point tenu de notifier son contrat : à eux de veiller à leurs droits. Ici encore, le projet du Gouvernement était resté muet.

Signalons, en terminant, deux détails de pure pratique : de même que dans le Code civil, le nouveau propriétaire, qui a conservé son immeuble en se rendant adjudicataire, ne sera pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication ; mais le projet ajoute qu'il en sera fait simplement mention en marge de la transcription. Il décide, en outre, un peu plus loin, que l'on ne peut réunir pour les vendre simultanément les biens situés dans divers arrondissements, sauf lorsqu'ils font partie d'une même exploitation.

54. En dehors de la purge, on sait qu'il existe d'autres causes d'extinction des privilèges et des hypothèques, énumérées par le Code civil dans son article 2180. Le projet du Gouvernement ajoutait à l'énumération du Code les cas de perte de la chose hypothéquée. La Commission fait de même ; mais, par contre, elle supprime une des causes d'extinction que l'article 2180 indiquait et expliquait : la prescription. Il n'y aura plus désormais de prescription de

l'hypothèque indépendamment de la créance. L'hypothèque s'éteindra avec cette dernière, quand celle-ci disparaîtra.

55. C'est là la dernière innovation importante réalisée par la Commission de 1850. Dans les deux derniers chapitres du projet, nous n'avons à relever que des détails. Ainsi dans le chapitre VIII (Radiation et Réduction des hypothèques), le projet admet, à son article 2193 (1), que ceux qui requièrent la radiation au bureau des hypothèques, ne seront pas obligés de déposer toujours une expédition de l'acte authentique portant jugement, mais qu'un extrait pourra suffire : cela dans le but d'éviter des frais.

L'article suivant règle une question de compétence que n'avait point prévue le Code. Le Tribunal de la situation des biens sera compétent sur l'instance en radiation, mais sauf exception. En effet, si l'obligation est éventuelle, indéterminée, et s'il y a procès sur l'exécution de la liquidation de cette obligation, ce sera le Tribunal qui juge ce dernier point qui sera compétent pour la radiation ; solution déjà adoptée par le Gouvernement (art. 2193 du P. G.). Mais la Commission ajoute, que ce déplacement de compétence aura lieu aussi « quand l'action en radiation est l'accessoire d'une autre action dont la connaissance appartient à un Tribunal différent. »

(1) C. civ. 2158.

56. Nous en avons terminé avec cet exposé des réformes que propose la Commission à l'Assemblée législative : tout ce chapitre IX du projet sur la publicité des privilèges et des hypothèques et sur la responsabilité des conservateurs, ne fait que reproduire les dispositions du chapitre correspondant du Code, sauf les modifications de rédaction. Il convient seulement de citer l'article 2197, qui rend la responsabilité de ces officiers publics plus étendue et plus détaillée :

« Ils sont responsables : 1° de l'omission, sur leurs registres, des transcriptions, soit d'actes de mutation, soit de constitution de droits immobiliers ou de renonciation à ces droits, dans les cas prévus par les articles 2152 et 2153 ; des inscriptions ; des mentions de demande en révocation ou résolution, prescrites par les articles 958 et 2105 ; des mentions d'endossement prescrites par l'article 2126 ; des mentions de cession ou subrogation, autorisées par l'article 2159 ; des mentions de surenchère prescrites par l'article 2183 ; et des mentions de transcription prescrites par l'article 2187.

» 2° De l'omission dans leurs certificats ou états, soit d'une ou plusieurs des inscriptions, soit d'une ou plusieurs des mentions ci-dessus énoncées, à moins que l'erreur ne proviât de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées.

» 3° Des radiations d'inscriptions par eux indûment opérées. Toutefois, si le vice de l'acte d'après lequel la radiation a été opérée consiste dans le défaut de

capacité de la partie qui a consenti cet acte, la responsabilité ne pèse pas sur le conservateur, mais sur l'officier public qui a reçu cet ordre. »

La Commission maintenant dans son ensemble le chapitre X du Code, repoussait par là l'innovation proposée par le Gouvernement, dans l'article 2195 de son projet, qui établissait une conservation d'hypothèque par chaque bureau d'enregistrement.

Avec grande raison, la Commission a pensé que ce serait trop multiplier les conservateurs, et que cela porterait atteinte à leur « consistance morale » par l'afflux qui en résulterait d'employés jeunes et inexpérimentés.

De plus, la responsabilité pécuniaire des conservateurs s'en trouverait affaiblie de façon très inopportune. On ne saurait, en effet, soumettre ces fonctionnaires nouveaux, beaucoup plus nombreux que les conservateurs, à un cautionnement aussi important que celui qui grève ces derniers : « Il serait impossible que le cautionnement d'un conservateur de canton, soit aussi considérable que celui d'un conservateur d'arrondissement. Sans doute, la somme totale du cautionnement des conservateurs de la France entière, pourrait être aussi considérable qu'elle l'est aujourd'hui ; mais ce n'est pas là que se trouve la garantie, puisque les conservateurs ne sont pas solidaires entre eux. Ce qui fait la sûreté du public, c'est que le cautionnement de chaque conservateur soit suffisant pour répondre du montant d'une créance importante, qui viendrait à périr par la faute de ce con-

servateur. » C'est là, en effet, qu'est la seule garantie : elle ferait défaut dans le système du Gouvernement.

Que si on invoque, en faveur de celui-ci, que les pertes de temps seront moins grandes, il faut répondre que, bien au contraire, elles seront plus considérables, puisque cette organisation forcera le plus souvent à diviser les recherches.

Que si encore, on soutenait, comme le fait l'exposé des motifs du projet du Gouvernement, que dans les bureaux d'enregistrement, on peut se renseigner mieux que partout ailleurs sur la valeur des immeubles, on réfuterait cet argument par cette simple constatation, qu'en fait, personne ne s'y adresse ; et d'ailleurs, raison concluante entre toutes, il ne faut pas oublier que le receveur ne peut faire connaître la valeur des immeubles, qu'il ne peut que délivrer aux tiers des extraits des registres, et encore qu'il ne peut le faire que sur ordonnance du juge de paix (1).

On ne saurait donc trop louer la Commission d'avoir, sur ce point, abandonné le système fâcheux du Gouvernement ; et les raisons qui l'ont décidé militent également aujourd'hui avec la même force dans le même sens.

Tel est l'exposé à peu près complet du projet de réforme que la Commission de 1850 avait élaboré et qu'elle présenta à l'Assemblée législative. Il est plus

(1) Loi du 22 frimaire an VII.

minutieux que celui du Gouvernement ; sur quelques points, d'ailleurs, nous accorderions la préférence à ce dernier. Quoi qu'il en soit, il résulterait de ces travaux consciencieux un projet vraiment intéressant et réalisant incontestablement des progrès sérieux. Excellente base de discussion pour l'Assemblée qui allait maintenant avoir à juger le projet et à le transformer en loi.

IV

57. La première délibération eut lieu le 25 juin. Quatre discours y furent prononcés pour ou contre la loi ; MM. Hennequin, Wolowski, Charles Dain, et de Vatimesnil prirent la parole. L'Assemblée décida de passer à une nouvelle délibération.

Sans vouloir, en aucune façon, donner ici le compte rendu de ces longs débats, il importe à l'étude de ce projet d'en analyser au moins les directions principales, et d'indiquer les points essentiels sur lesquels, plus particulièrement, la controverse s'éleva. La première délibération fut surtout intéressante en ce qu'elle opposa aux partisans de la réforme, dont MM. Hennequin et de Vatimesnil furent les chaleureux interprètes, les adversaires de cette réforme, dont M. Wolowski, le grand économiste, exposa les griefs avec sa vigoureuse éloquence.

Le discours de M. Hennequin ne fait guère que reproduire et les critiques habituelles contre le sys-

tème hypothécaire du Code, et les diverses réformes accomplies par la Commission. Il rend un hommage mérité à M. de Vatimesnil, rendu plus significatif encore par la divergence de leurs opinions politiques, et fait de la lutte contre l'usure l'objet principal des réformes qu'il réclame pour le crédit foncier. Il se sépare seulement de la Commission sur un point, en réclamant le maintien du privilège des architectes et des entrepreneurs : et tout en reconnaissant qu'il serait bon de fondre en une seule administration, les administrations du cadastre, de l'enregistrement et de la conservation des hypothèques, il reconnaît que : « précisément, parce que les propositions de la Commission vont moins loin, elles ont plus de chance d'être accueillies..., tandis que cette fusion n'est pas complètement étudiée » (1).

58. Après lui, M. Wolowski vint critiquer le projet ; le Code était, à ses yeux, une œuvre telle, qu'on ne devait point porter sur elle une main téméraire, sinon, lorsque « la grandeur du résultat à obtenir peut servir d'excuses à la témérité de l'entreprise ».

Or, le projet ne consiste qu'en modifications de détail, qui déforment inutilement l'œuvre napoléonienne.

La réforme des hypothèques légales, soumettant celles-ci à l'inscription, paraît à M. Wolowski d'une

1) *Moniteur* 1850, p. 2179, c. 3.

médiocre importance. Ce qui est fâcheux, en cette matière, ce n'est pas tant le caractère occulte de l'hypothèque que son caractère « éventuel ». « Ces droits éventuels qui menacent sans cesse les tiers qui traiteraient avec le mari ou le tuteur, jettent une sorte de discrédit sur le mari ou le tuteur, que ces droits soient occultes ou inscrits. » (1)

Dès lors, ce qui importerait davantage, ce serait de supprimer purement et simplement les hypothèques légales, suppression d'autant plus facile que celles-ci se trouvent bien diminuées par le développement de la fortune mobilière. Il suffirait, pour garantir les droits des incapables, de soumettre le tuteur à des règles d'administration très sévères et de ne lui laisser la libre disposition que des revenus. Quant au mariage, quelle est la nécessité qui avait provoqué principalement la création de l'hypothèque légale, sinon les dissolutions fréquentes des mariages qui survenaient à Rome, alors que les femmes romaines comptaient leurs maris par le nombre des consulats ? L'indissolubilité du lien conjugal rend aujourd'hui moins nécessaires les mesures prises contre le mari : « L'unité de la maison conjugale rend l'hypothèque légale superflue ».

Economiste, M. Wolowski voit précisément un avantage là où la Commission voyait un inconvénient à supprimer. A ses yeux, la purge des hypothèques

(2) *Mon.*, p. 2081, c. 1.

légales réparait, tout au moins en partie, les vices du système, en permettant d'affranchir facilement les immeubles de ce poids si gênant, et en laissant, par là, la porte ouverte à la libre transmission des immeubles. Or, la Commission fait de telle sorte que cette facilité va disparaître ; c'est bien là, du reste, la pensée du rapport. Pour M. Wolowski, au contraire, loin de restreindre les effets de la purge, il conviendrait de l'étendre du contrat de vente au contrat de prêt.

La question qui doit primer toutes les autres et qui passe avant la réforme hypothécaire, c'est la question du crédit territorial. Les capitaux fuient la terre, et à M. Gaslonde qui interrompait en lui rappelant les 10 milliards de prêts hypothécaires, l'orateur opposait ce fait, que pour les 4/5, il ne s'agissait dans ce chiffre énorme que des soultes des prix de vente grevant des immeubles impayés.

Le grand vice de notre système foncier (et ici M. Wolowski touchait bien au point essentiel de la question), c'est que le propriétaire est obligé de restituer à bref délai et en bloc, et qu'il a besoin au contraire de très longs délais. Il faut organiser ce système de manière à permettre une libération successive s'opérant au moyen d'un amortissement modéré.

Et à ceux qui reprochaient à cette conception de faciliter le morcellement de la terre, de pousser davantage à l'achat de parcelles, M. Wolowski répondait : tant mieux ! « Si le crédit territorial devait hâter, favoriser cette transformation qui s'accomplit déjà, grâce à Dieu, sur une grande échelle, qui rend de

plus en plus propriétaire de cet instrument de travail qui est la terre celui qui la cultive, je bénirais encore le crédit territorial qui aiderait à une telle transformation. »

Et l'orateur terminait en demandant une réforme radicale de l'organisation de la publicité, et en formulant l'idée féconde de l'individualisation de l'immeuble comme base de cette publicité : « Enfin, déclarait-il, il faut une transformation du mode suivant lequel apparaissent aujourd'hui les droits acquis sur les immeubles ; et à la place de l'état civil des propriétaires, que nous montrent aujourd'hui les registres, il faut nous donner *l'état civil de la propriété elle-même*. » Il citait l'exemple de l'Allemagne et surtout celui de la Hollande : « Le cadastre a fait, en Hollande, comme ce philosophe de l'antiquité devant lequel on niait le mouvement : Il marche et il marche très bien.... La bonne organisation du régime hypothécaire aura son point de départ dans l'individualité de chaque immeuble, pourvu qu'on connaisse exactement le lien qui unit l'immeuble à son propriétaire. »

59. Après M. Charles Dain, qui défendit le principe de l'association agricole et déclara que le Code civil, en morcelant la propriété et en rendant cette association nécessaire, avait été chez nous le premier des socialistes ; qui, en outre, insista sur la nécessité d'organiser le crédit hypothécaire pour lutter contre la formation d'une féodalité financière qui tendrait, grâce à la pénurie des capitaux, signalée par M. Wo-

lowski, à absorber la petite propriété et à reconstituer sous une forme déplorable les grands domaines, M. de Vatimesnil, ramenant la question à son vrai point de vue, défendit l'œuvre de la Commission.

Il reprit les trois principaux arguments de M. Wolowski, après avoir fait remarquer que celui-ci n'avait pas contesté l'utilité des réformes proposées, mais ne les avait rejetées que parce qu'il les jugeait insuffisantes, demandant ainsi tout ou rien, et après avoir observé discrètement que les critiques présentées par son collègue, auraient pu l'être avec plus de fruit devant la Commission dont ce dernier faisait partie, et à laquelle il n'avait pas paru.

M. Wolowski veut supprimer les hypothèques légales ; mais pourquoi ? parce qu'elles sont occultes et éventuelles, c'est-à-dire indéterminées. Or, le projet supprime ces deux caractères. Les inconvénients signalés disparaîtront donc. Mais quant à abolir l'hypothèque légale, la Commission s'y oppose avec force ; car ce serait à la fois oublier les principes les plus sacrés, attenter à l'esprit de famille et de justice, et négliger ce devoir impérieux de l'Etat de défendre le faible contre le fort.

Le système de garantie proposé par M. Wolowski est entièrement inacceptable. Il veut que l'on consigne les capitaux ! il est impossible d'entasser ainsi des millions et des millions dans les caisses publiques, qui ne pourront servir qu'un intérêt dérisoire au détriment des incapables, car un intérêt élevé lèse-rait l'Etat. La Commission a proposé cet expédient,

mais seulement à titre exceptionnel ; on ne saurait en faire une règle générale. La purge légale n'est pas supprimée formellement par la Commission : elle disparaît d'elle-même, en même temps que le caractère occulte des hypothèques auxquelles elle était destinée à pourvoir ; quant à la maintenir pour les prêts, ce serait déraisonnable : cette purge entraînerait des longueurs incompatibles avec ce genre d'opération.

En second lieu, M. Wolowski a demandé l'amélioration du crédit foncier : c'est un désir des plus légitimes. Mais la Commission n'y tend-elle pas ? Est-ce que le taux n'est pas d'autant plus bas que le placement est plus sûr ? Et quand est-il plus sûr que lorsqu'il suffit d'une addition et d'une soustraction pour se mettre absolument en sûreté ? Enfin, sur le troisième point, la modification du mode de publicité, M. de Vatimesnil ne le critique pas au fond, mais il en constate la grande difficulté pratique, étant donné le morcellement toujours plus grand de la propriété. Si on vend aujourd'hui un immeuble contenant plusieurs centaines de parcelles, « il suffira de faire une transcription sur la totalité du domaine, si on emprunte sur ce domaine, il suffit d'une désignation bien faite par le contrat et par l'inscription : ce n'est pas bien difficile, n'est-il pas vrai ? Mais si vous adoptez le système des comptes ouverts aux parcelles, et s'il y a 300 parcelles, il faudra 300 mentions et 300 inscriptions. Croyez-vous que vous arriverez à la simplicité et à l'économie ? » Et M. de Vatimesnil demandait à l'Assemblée de se rallier au projet de la Com-

mission. L'Assemblée décida de passer à la seconde délibération.

60. Celle-ci commença le mercredi 11 décembre 1850 (1), et elle eut lieu de façon très sérieuse et très détaillée.

Les dispositions générales n'amènèrent aucune discussion et l'Assemblée adopta sans difficulté un amendement de M. Vavin à l'article 2095 qui donnait aux créanciers inscrits un droit sur l'indemnité d'assurance : cet amendement décidait, avec le projet, que l'indemnité serait affectée au paiement des créances privilégiées et hypothécaires, « si, ajoutait-il, elle n'est pas appliquée par la loi à la réparation de l'objet assuré ».

De même sur les privilèges généraux, aucune discussion ne s'éleva ; un amendement de M. Fourtanier, à propos du privilège du Trésor, fut repoussé sans débat.

Le projet, nous l'avons dit, accordait un privilège au copermutant ; mais il voulait que ce privilège fût expressément stipulé, il fallait une clause formelle (lorsqu'il n'y avait pas lieu à soulte), dans laquelle on évaluerait la somme pour laquelle le privilège pourrait être exercé. M. Bouzique s'éleva contre cette disposition : la Commission, d'après lui, semblait ne pas avoir assez tenu compte de la sécurité à donner aux transactions, en refusant ainsi aux copermutants tout

(1. *Mon.*, 1850, p. 3547.

priviège de droit. Sans doute, il lui reste l'action en reprise, mais celle-ci ne saurait lui offrir aucune sûreté sérieuse, puisque, aux termes mêmes du projet, cette action ne saurait préjudicier aux droits des tiers inscrits avant que l'action soit exercée. Ce privilège conventionnel n'offre donc pas pour l'échangiste de garanties suffisantes, et M. Bouzique demandait qu'il fût décidé, qu'à défaut d'indemnité conventionnelle stipulée dans l'acte, l'échangiste eût un privilège légal qui s'étendrait au bout de 10 ans. De la sorte, on n'aurait plus à stipuler d'indemnité conventionnelle, et le privilège ne pèserait plus indéfiniment sur l'immeuble, comme l'eût fait la clause dont parle le projet qui serait vite devenue de style.

M. de Vatimesnil répondit à cette argumentation, que dans la pensée des membres de la Commission, le privilège ne devrait être stipulé que lorsqu'un des coéchangistes croirait sérieusement qu'il peut y avoir des chances d'éviction. Le privilège légal que veut créer M. Bouzique, grèverait beaucoup plus lourdement l'immeuble, et existant dans tous les cas, il ne pourrait que gêner le crédit foncier.

Le Gouvernement déclara qu'il faisait des réserves sur l'ensemble de la théorie de la Commission, à propos des actions en révocation et résolution ou en reprise qui se trouvaient, ainsi que nous l'avons vu, à peu près supprimées en fait. Et la question fut reportée à la discussion de l'article 2105, sur lequel allait se livrer la grande bataille.

61. La question que soulevait cet article allait, en effet, amener un des plus longs et des plus ardents débats de toute cette discussion. Près de trois séances lui furent consacrées (1). Sept orateurs prirent tour à tour la parole pour combattre ou pour défendre le système de la Commission : le ministre de la justice, Rouher, qui prit par deux fois la parole pour soutenir son amendement, M. de Vatimesnil, au nom de la Commission, pour le combattre ; puis, tour à tour, en sens divers, MM. Pougeard, Crémieux, Dupont de Bussac, Fourtanier, Michel de Bourges, et enfin Valette, dont la lumineuse démonstration emporta le vote final, assurant la victoire à l'amendement Rouher.

Nous avons indiqué déjà les fâcheuses conséquences du système du Code en matière d'action résolutoire. L'acheteur d'un immeuble pouvait toujours se voir évincé par le précédent vendeur, parce que l'intermédiaire n'avait pas payé son prix. Pour remédier à ce grave inconvénient, la Commission avait adopté un système qui ne tendait à rien moins qu'à supprimer, en fait, dans la plupart des cas, l'action résolutoire ; et elle appliquait la même solution aux actions en révocation des donations (article 954), et à l'action en reprise du coéchangiste (article 1705), pour lesquelles se produisait le même résultat désastreux ; l'article 2105 du projet décidait que l'action en résolu-

(1) Samedi 14. lundi 16, mardi 17 décembre 1850. *Mon.*, p. 3583 et suiv.

tion de l'art. 1654 du Code civil et l'action en reprise de l'article 1705 (1) ne pouvaient être exercées au préjudice des tiers, qui ont acquis des droits sur l'immeuble, si l'inscription de ces droits avait été faite avant que l'action en résolution ait été intentée, et avant que mention de cette action ait été portée en marge de la transcription. M. Rouher proposait, au contraire, dans son amendement, de faire à l'action résolutoire le même sort qu'au privilège, en décidant que cette action ne pourrait être intentée après l'extinction du privilège prévue par l'article précédent. La conservation du privilège assurerait celle de l'action. Les deux projets faisaient donc disparaître le caractère occulte de l'action résolutoire, mais l'un supprimait en fait cette action, l'autre la maintenait.

M. Rouher développa sa thèse avec beaucoup de talent et de bonheur. Praticien exercé, et s'en faisant gloire, il montra où était l'inconvénient du Code, et comment il fallait y porter remède. La doctrine a critiqué le double droit que donne le Code civil au vendeur : privilège, action résolutoire. Pourquoi ? uniquement parce que le vendeur laissait habituellement périmer son privilège, et que, faute d'inscription, les tiers traitaient avec l'acheteur sans savoir que celui-ci se trouvait sous le coup de l'action résolutoire.

Commission et Gouvernement, constatait M. Rouher, sont d'accord sur le mal. Mais le remède du

(1) La question de l'action en révocation est traitée à l'article suivant, 2106.

Gouvernement est plus énergique et plus efficace. La Commission supprime l'action résolutoire quand elle réagit contre les tiers, le Gouvernement désirait dans son projet que cette clause fût insérée dans l'acte ; c'était insuffisant, car la clause serait devenue le style.

Le véritable danger, c'est le caractère occulte : « Par mon amendement, j'organise la publicité de l'action résolutoire, en la solidarisant avec le privilège. Il y aurait injustice à réduire, comme la Commission le fait, le vendeur à son privilège ; car pour exercer celui-ci, le vendeur sera obligé de subir les frais d'une expropriation, de courir la chance d'une dépréciation de l'immeuble : la propriété sera presque dévorée de frais à l'aide de l'exercice du privilège. »

Au contraire, combien simple est l'exercice de l'action résolutoire. Je me fie à un agriculteur qui détient ma terre ; si des malheurs arrivent, je reprends mon bien presque sans frais. Les frais ne sont pas impossibles, mais ce sera exceptionnel.

Dans la théorie de la Commission, le vendeur, n'ayant aucune garantie sûre pour l'avenir, exigera son paiement comptant ; ou bien encore, il mentionnera une demande en résolution en marge de l'inscription, comme le projet l'exige, et il la laissera dormir, faisant seulement les actes qui empêcheront la prescription de l'instance. L'immeuble sera ainsi hors de toute transaction et le vendeur fera des frais.

L'amendement pare à ces inconvénients en mainte-

nant l'action résolutoire, tout en prévenant les tiers ; et de plus, il permet d'éviter par là que des créanciers hypothécaires de l'acheteur soient lésés au cas où le vendeur aurait des remboursements à effectuer à l'acheteur au moment de la résolution (impenses faites sur la chose ; paiements partiels, etc...) en décidant que les créanciers hypothécaires seront colloqués selon le rang des inscriptions, sur cette somme ainsi remboursée à leur débiteur.

L'action résolutoire est dans la logique des choses ; elle est attachée indissolublement au contrat, *ut lepra cuti* ; la supprimer, préférer les créanciers de l'acheteur au vendeur, est illogique et dangereux ; ces créanciers peuvent se faire subroger aux droits du vendeur en le désintéressant. Le système de l'amendement est un système protecteur, surtout pour les petits cultivateurs.

62. Avec beaucoup d'habileté, le rapporteur répliqua à la logique serrée du ministre de la justice : Ou il n'y a pas de tiers désintéressés, distinguait M. de Vatimesnil, et alors le système du Code continue à s'appliquer, le vendeur conserve son option ; ou bien, il y a des tiers intéressés, et alors nous modifions le Code, et nous décidons que le vendeur ne pourra nuire aux tiers. Ceux-ci pourront être de différentes sortes : sous-acquéreurs, créanciers hypothécaires conventionnels, créanciers à hypothèque légale, etc...

Trois critiques surtout dominant le discours de M.

de Vatimesnil : 1° L'action résolutoire n'est pas utile au vendeur, car celui-ci a son privilège ; or, en exerçant ce privilège qui, par sa nature même, est nécessairement le premier des droits portant sur l'immeuble, le vendeur est sûr d'obtenir satisfaction ; car ou l'immeuble atteindra le prix de vente et le vendeur sera désintéressé, ou il ne l'atteindra pas, et le vendeur rentrera dans son bien aussi efficacement qu'au moyen de l'action résolutoire.

2° Elle est un obstacle au crédit de l'acquéreur : car si l'immeuble a une valeur supérieure à celle du prix de vente, cet acquéreur pourrait encore trouver du crédit pour le surplus du montant de ce prix, s'il n'y avait sur l'immeuble qu'un privilège garantissant seulement le prix de vente ; mais la menace de l'action résolutoire, absorbant éventuellement le gage, écartera tous les capitaux.

3° Enfin, l'action résolutoire est funeste pour les tiers qui ont traité avec l'acheteur, puisqu'ils sont lésés. Le vendeur, qui les tiendra ainsi sous sa dépendance, pourra, s'il est peu scrupuleux, se faire payer son option.

L'amendement de M. Rouher, ajoutait M. de Vatimesnil, maintient sur les sommes que le vendeur pourrait avoir éventuellement à rembourser à l'acheteur, le droit des créanciers hypothécaires de cet acheteur ; ainsi, il prétend préserver les droits de ceux-ci. Mais cette thèse est inadmissible ; elle viole les principes élémentaires du droit, et tout spécialement l'article 2125 du Code civil, qui déclare formellement que

« ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». On ne saurait donc admettre cette disposition de l'amendement : et, quant aux frais, il n'y a pas à douter qu'ils ne s'élèvent aussi très haut avec l'action résolutoire, surtout quand il y aura en cause d'autres personnes que le vendeur et l'acheteur, ce qui sera le cas le plus fréquent.

63. M. Rouher remonta à la tribune pour réfuter M. de Vatimesnil. Sur le dernier reproche soulevé par celui-ci, il répliqua notamment : Comment ! vous dites que nous violons le droit en permettant aux créanciers inscrits de venir se faire payer sur les remboursements accomplis par le vendeur. Mais que faites-vous, vous-mêmes, en acceptant, comme l'Assemblée vient de le ratifier, que l'indemnité due au cas de sinistre, serve à remplacer la chose à l'égard des créanciers inscrits. La perte de la chose n'anéantit-elle pas le contrat ? « Quand l'immeuble est anéanti, les droits qui y reposent, disparaissent. »

« Voilà le système, s'écriait en terminant M. Rouher : il n'a rien d'exorbitant, rien d'immoral ; il prend ses racines dans des dispositions que l'Assemblée a déjà votées ; il me paraît conciliable avec les intérêts généraux, avec le bon sens, avec la vérité, avec cette habitude sociale que vous trouvez partout, que vous trouvez chez le simple cultivateur, qui con-

siste à dire : je vous vends mon bien ; si vous ne me payez pas, je reprends mon bien. (*Très bien ! très bien ! c'est cela ! c'est cela !*). Eh bien ! je veux que le vendeur en ce cas ait le droit de reprendre son bien (*Approbation prolongée.*)

M. Pougeard succéda au Garde des Sceaux et vint appuyer M. de Valimesnil, en insistant surtout sur ce que le projet de M. Rouher présentait de fâcheux en donnant une double action au vendeur, et en détruisant entièrement le crédit immobilier de celui-ci par la menace de l'action résolutoire.

Il éclairait son raisonnement d'un exemple : un immeuble est vendu 50.000 francs, 40.000 francs sont payés. L'acheteur ne trouvera pas à emprunter 5.000 francs ; sans doute, le prêteur serait bien sûr, si l'immeuble était mis aux enchères, de voir l'immeuble monter à 50.000 francs et de rentrer par là dans ses fonds ; mais l'immeuble peut aussi bien revenir dans le patrimoine du vendeur, par le seul effet de l'action résolutoire, et dès lors le vendeur ne sera pas payé.

Le Garde des Sceaux a parlé de subrogation et a dit : le prêteur n'a qu'à rembourser le vendeur. Mais si je prête 5.000 francs, je puis ne pas vouloir en avancer 10.000 : les conditions du contrat sont changées.

Et de même, M. Dupont de Bussac venait soutenir que l'action résolutoire était incomplète avec tout crédit immobilier ; elle empêche un homme, libéré de la moitié et plus de son prix d'achat, d'emprun-

ter sur l'immeuble acheté. « Il n'y aura de crédit que pour ceux qui n'en auront pas besoin. » Par là encore, toute vente à parcelles est rendue impossible. Ce n'est pas l'occultanéité d'une pareille action qui est dangereuse ; car il est facile de se renseigner en demandant à voir le contrat ; c'est l'action résolutoire elle-même.

A ces critiques, qu'il reprit pour la plupart, Michel de Bourges vint ajouter une longue dissertation sur le droit romain, sous prétexte de réfuter une prétendue erreur de Rouher, et tomba lui-même dans une confusion étrange entre l'action en revendication et l'action résolutoire que releva assez cruellement M. Valette.

64. Celui-ci soutint avec MM. Crémieux et Fourtanier la thèse du ministre de la Justice. C'était là, d'après Crémieux, la question la plus grave de la loi. On veut donner du crédit à l'acquéreur d'un immeuble. Mais ce crédit, on le lui donne sur un fonds qu'il n'a pas payé, et qui ne lui appartient pas ! Du reste, sur le terrain des principes, la décision de la Commission ne se défend pas : l'action résolutoire est l'essence même des contrats, elle est toujours sous-entendue : quand je vends, je n'en donne pas ; je ne vends que parce que je reçois l'équivalent. Or, dans votre système, je suis dépouillé, n'étant pas payé. Que si on objectait que le vendeur optera toujours pour l'action résolutoire, quand l'immeuble aura augmenté de valeur, M. Crémieux répondait que ce n'é-

tait que justice, que l'acheteur qui n'a pas payé a joui pour le vendeur, et que les augmentations qui ont pu se produire au jour du paiement sont pour le vendeur, et non pour l'acquéreur ; et répondant spécialement à Dupont de Bussac, M. Fourtanier faisait justement observer que les sous-acquéreurs postérieurs, dont se préoccupait son collègue, ne pouvaient ignorer l'existence d'une action résolutoire éventuelle, et qu'au surplus, dans le système du Garde des Sceaux, la purge, en débarrassant l'immeuble de son privilège, le débarrassait également de l'action résolutoire.

Enfin, M. Valette, dans la séance du 17 décembre, vint apporter à l'amendement Rouher, l'appui de sa haute autorité et de son grand talent. Il réfuta Michel de Bourges et ses étranges conceptions de droit romain. A Rome, remarqua-t-il, la règle était, que le vendeur ne transférait pas la propriété tant que le prix n'était pas payé ; faute de paiement, l'action en revendication (et non en résolution) était intentée ; le vendeur reprenait la chose ; mais le contrat était maintenu. C'est précisément pour détruire l'effet du contrat, pour empêcher l'acheteur de venir réclamer la chose en offrant le prix, qu'on créa le pacte commissoire exprès défini par Pothier : « une clause ou convention qui s'insère dans le contrat, et par lequel les parties conviennent, que, si l'acheteur ne paie le prix dans un certain temps, le contrat sera résolu... » (1)

(1) Pothier. — Traité du contrat de vente n° 458

La pratique, d'après le même Pothier, finit pas autoriser le vendeur impayé à demander la résolution du contrat, quoiqu'il n'y ait pas eu pacte comissoire expressément stipulé. L'article 1184 veut donner à cette pratique une consécration législative et se trouve complété par les articles 2125 et 2182 du Code civil.

Il réfuta ensuite Dupont de Bussac qui avait soutenu qu'à l'étranger l'action résolutoire avait disparu. Cette action a été maintenue, affirmait Valette, comme droit réel agissant contre les tiers et annoté sur les registres publics, telle en un mot que l'amendement Rouher la proposait.

Ces objections écartées, venait la défense de l'amendement lui-même. Le but à atteindre, c'est d'avoir des registres bien tenus. L'idéal serait de centraliser tous les renseignements utiles, disséminés à l'heure actuelle dans les bureaux soit de l'enregistrement, soit de l'état civil, soit de la conservation des hypothèques. Mais, pour arriver à des améliorations, point n'est besoin de détruire ce qui existe. Quel argument invoque-t-on contre l'action résolutoire ? On dit : l'acheteur ne pourra avoir de crédit.

Eh bien ! C'est un point de vue faux de vouloir encourager et faciliter les emprunts d'un homme qui déjà ne remplit pas ses obligations... Le crédit n'est pas une chose qu'il faille exagérer ; ce mot semble déterminer chez certains une sorte d'entraînement qui pourrait être dangereux.

On a dit : c'est du socialisme que nous voulons faire !

En effet, réplique finement Valette, s'il est vrai

que le socialisme soit l'art d'utiliser le bien d'autrui (de le « subtiliser », précisait un membre de la droite) et à M. Versigny, interrompant pour s'écrier « les institutions du crédit ne font que cela ! », M. Valette répondait que les institutions de crédit, alors à l'étude, ne devaient jamais prêter à un acheteur grevé d'un privilège, puisqu'elles ne pourraient prêter qu'en première hypothèque.

On oublie trop souvent, en raisonnant sur des exemples de 100.000 francs, que les $\frac{4}{5}$ des ventes ne dépassent pas 1.200 francs.

Voulez-vous que, pour ces ventes, le vendeur soit réduit à son privilège et qu'il soit contraint pour l'exercer, de recourir aux saisies, procès-verbaux, cahiers des charges, placards, annonces, sans parler des incidents possibles de saisie. Pour une affaire de 600 à 700 francs, il y aura 300 francs de frais.

Puis, répondant à ceux qui reprochaient à l'action résolutoire, l'impossibilité des reventes à parcelles, M. Valette s'écriait : « Supprimons donc l'action résolutoire ; ne laissez au vendeur que son privilège », et admettez que l'acheteur ait consenti une vingtaine de sous-aliénations parcellaires. Il faudra une vingtaine de procédures d'expropriation. Pareil résultat juge un système.

La conséquence de la suppression demandée, ce serait de déprécier surtout les petites propriétés, qu'on ne pourra plus vendre qu'au comptant.

La Commission commet d'ailleurs un illogisme. Elle admet que mon droit sera opposable aux tiers

quand il sera devenu une action. Elle commet une contradiction : mon droit existe ; les tiers le savent (projet Rouher). Que vient apporter de plus le fait d'intenter l'action ? Il faudra intenter celle-ci et la maintenir valable au moyen d'une série d'actes interruptifs de péremption ! Quelles complications ! Et la Commission commet une nouvelle inconséquence en maintenant l'action résolutoire quand il n'y a pas de tiers intéressés : sur ce point, le radicalisme de Michel de Bourges, qui supprime en toute hypothèse l'action résolutoire, est beaucoup plus logique.

Au contraire, la solution proposée par le Garde des Sceaux est très juste et très juridique, aussi bien dans la partie principale que dans la disposition critiquée par M. de Vatimesnil, permettant aux créanciers hypothécaires de l'acheteur qui voient leur gage revenir au vendeur, de se faire colloquer sur les remboursements que celui-ci peut avoir à effectuer : Il y a là, en effet, une sorte de subrogation. Au cas de revente, il pourrait y avoir lieu de compléter les sûretés par quelque chose d'analogue à ce qu'édicte l'article 717 du Code de procédure civile, qui permet la purge des actions résolutoires ; sur notification du sous-acquéreur, le vendeur aura 40 jours pour se décider à résoudre le contrat ; mais ce n'est là qu'une disposition accessoire : « Mon idée principale est le maintien de ce qui existe avec l'addition de ce qui a été proposé par le Garde des Sceaux, parce que je regarde le maintien de l'action résolutoire comme un hommage aux anciennes traditions, à la législation

des siècles, au droit de propriété, à la liberté des conventions... etc. »

65. Après une dernière réplique de M. de Vatismesnil, résumant les arguments de la Commission, l'amendement Rouher fut mis aux voix. Sur 669 votants, 414 se prononcèrent en sa faveur, et 215 seulement suivirent la Commission. Le texte de l'article 2105 du projet disparaissait donc et était remplacé par le suivant : « L'action résolutoire de la vente établie par l'article 1654 et l'action en reprise de l'objet échangé établie par l'article 1705 ne peuvent être exercées au préjudice des créanciers inscrits, ni des sous-acquéreurs, ni des tiers acquéreurs de droits réels après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par l'article précédent. » L'amendement Valette, relatif à la purge, fut renvoyé à la Commission.

La question fut encore reprise une fois à la séance du lundi 23 novembre. Les adversaires de l'action résolutoire voulurent au moins en atténuer un peu les effets et firent voter un amendement de M. Marc Dufrasse, qui décidait que les tiers pourraient arrêter l'action résolutoire en remboursant intégralement le vendeur (1). Quant à l'amendement Valette, on décida d'en renvoyer la discussion au moment où l'on aborderait l'article 2180, relatif à la purge.

(1) *Mon.*, année 1850, p. 3681, c. 3.

66. Ce long débat était à peine terminé que l'Assemblée législative, ayant adopté sans discussion les articles 2106 et 2107 du projet, se trouva en présence d'une seconde question tout aussi grave : celle de l'hypothèque judiciaire. La Commission en avait voté la suppression, mais à une très faible majorité, et la minorité voulait tenter de regagner devant l'Assemblée la cause perdue devant la Commission.

M. Louvet (1), au nom de cette minorité, ouvrit cette discussion, dans laquelle sept orateurs allaient encore prendre la parole. Il voulut établir que la suppression de l'hypothèque judiciaire porterait une atteinte funeste au crédit personnel, en faisant s'établir cette coutume d'exiger toujours une hypothèque conventionnelle au moment du contrat ; qu'elle rendrait les poursuites plus âpres et plus impitoyables, car le créancier voudra toujours aller jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à la faillite du débiteur ou à la transcription de la saisie, de façon à empêcher toute aliénation. Il constata que la Commission était d'ailleurs revenue depuis, au moins partiellement, sur sa décision et qu'elle acceptait le maintien de l'hypothèque judiciaire au cas de créance forcée (délits et quasi-délits). Et reprenant les arguments fournis devant la Commission par les adversaires de l'hypothèque judiciaire, il s'attachait à les réfuter. On a dit : celui qui a suivi la foi de son débiteur, et s'est fié à

(1) Séance du mardi 17 décembre.

son crédit personnel, doit respecter son contrat ; mais, répondait-il, il y a un fait nouveau modifiant les conditions de ce contrat : c'est le non-paiement à l'échéance. On a dit encore : l'hypothèque judiciaire nuit aux autres créanciers, en faisant d'un ancien chirographaire un créancier muni d'une garantie et à eux préférable ; mais M. Louvet répondait par le vieil adage : *jura vigilantibus succurrunt*. Enfin, on reprochait à l'hypothèque judiciaire d'être nuisible au crédit par sa généralité et par les entraves qu'elle apporte à la liquidation ; c'est le seul reproche fondé, constatait l'orateur ; mais des réformes sont possibles, par exemple, rendre cette hypothèque spéciale, décider qu'elle ne frappera pas les biens à venir, que la décision du juge fixera les immeubles grevés, etc...

M. Charlemagne répondit à M. Louvet en montrant d'abord sur quelle erreur historique reposait l'hypothèque judiciaire : on connaît l'argument. Il critiqua l'amendement Louvet, en exposant les difficultés pratiques d'une spécialisation opérée par le Tribunal ; il faudra des expertises, un second procès, etc. M. Louvet avait parlé de protéger le crédit personnel, mais, répondait M. Charlemagne, il n'y a de véritable crédit personnel que celui qui s'adresse à la personne, abstraction faite des immeubles et de l'éventualité d'une saisie. L'hypothèque judiciaire favorise l'usure ; c'est un prétexte à chicane pour certains créanciers peu scrupuleux qui cherchent à se faire payer leur attitude au moment de la liquidation.

Et l'orateur terminait en rappelant le nom de M. Bethmont, rapporteur de la loi au Conseil d'Etat : « La suppression de l'hypothèque judiciaire n'est pas seulement un droit, c'est un devoir pour le législateur. »

67. La discussion reprit le mercredi 18 décembre (1) par un discours de M. Richet, qui s'attacha à réfuter M. Charlemagne. L'hypothèque judiciaire, dit-il, n'est pas étrangère à la convention primitive, parce que en stipulant, il va de soi qu'on la sous-entend. Elle n'est pas plus le prix de la course que les hypothèques conventionnelles, puisque, pour celles-ci, une différence de cinq minutes peut permettre à un créancier d'en primer un autre. Si on lui reproche d'encombrer les ordres, on reconnaît par là qu'elle est fréquemment utilisée, donc qu'elle correspond à un besoin. Il faut se garder, déclarait-il enfin, des réformes trop radicales : il faut supprimer le moins possible quand on peut réformer. « Rendre l'hypothèque spéciale, l'organiser, c'est une réforme ; la démolir, c'est une révolution. »

Rendre l'hypothèque judiciaire spéciale, lui répondait Crémieux, c'est la supprimer en fait ; vous ne voulez « faire du juge qu'un notaire, qui par le seul fait de sa décision, devra donner à celle-ci une consécration solennelle... Vous faites de la justice, non un pouvoir qui décide, entre deux individus, quel est

(1) *Mon.*, p. 3625.

le droit qui appartient à l'un ou à l'autre... mais une sorte d'officier public qui donne force d'authenticité à un acte... ce n'est plus le juge, c'est le notaire » (1). Mais alors, pourquoi ne pas vous contenter du notaire ? Il faut laisser leurs lois respectives au commerce fondé sur le crédit banquier, et à l'agriculture qui se développe par le crédit foncier.

M. Wolowski répondait à M. Crémieux, non sans raison, qu'on ne saurait distinguer absolument le crédit foncier du crédit banquier.

Ces deux aspects du crédit ne sont pas indépendants l'un de l'autre ; et, du reste, entre le crédit proprement commercial, et le crédit exclusivement territorial, on pourrait en découvrir un autre, qui serait le crédit simplement civil. Celui-là surtout serait atteint par la suppression de l'hypothèque judiciaire qui entraînerait la dépréciation totale des actes sous seing privé.

La Commission de 1845 s'était rangée à cet avis. La loi de Brumaire la maintenait également en la spécialisant. On n'aurait qu'à imiter ces exemples. Et à ces considérations, M. Wolowski ajoutait la défense d'une institution excellente, que du reste la Commission n'avait pas méconnue, celle de la prénotation des droits, non encore définitivement fixés, qui constitueraient une garantie provisoire empêchant un débiteur de mauvaise foi d'aliéner ou de donner en gage sa propriété au cours de l'instance.

(1) *Mon.*, 1850, p. 3626, p. 3.

A son tour, M. Demante défendit l'hypothèque judiciaire, s'attachant à montrer qu'elle n'était pas injuste puisqu'elle était impliquée dans le contrat même et que le créancier ne faisait en l'exerçant qu'utiliser son droit ; qu'elle ne facilitait pas les collusions, car un débiteur peut beaucoup plus facilement favoriser un créancier en lui consentant une hypothèque conventionnelle ; qu'enfin, elle avait son utilité, en permettant des ménagements à l'égard du débiteur. Le créancier qui a pris jugement peut attendre ; si on supprime l'hypothèque, on force le créancier à pratiquer immédiatement la saisie.

68. Ces efforts devaient être vains devant l'argumentation puissante qu'apportèrent après Crémieux, d'abord l'admirable discours de Valette, qui reste une des meilleures critiques de l'hypothèque judiciaire, ensuite, les observations du rapporteur, qui résumèrent la discussion.

Nous avons déjà eu l'occasion de donner de larges extraits du discours de Valette. Il exposa d'abord l'origine de l'hypothèque judiciaire et montra comment les actes notariés n'emportant plus hypothèque, la survivance de cette institution était une inconséquence. Il montra comment, de plus, c'était une injustice, par la préférence donnée à un créancier le plus souvent favorisé par le hasard. Il montra les poursuites plus nombreuses, les faillites compliquées à l'excès, les ordres rendus plus difficiles.

« La Commission pourvoit à tous les besoins ;

elle offre la garantie de tous les droits ; elle permet à celui qui a un jugement de frapper d'arrêt en quelque sorte immobilier les biens de son débiteur, en inscrivant son commandement ; elle empêche que le débiteur ne puisse, à son préjudice, concéder des hypothèques à d'autres créanciers ; mais il n'acquiert aucun droit de préférence. »

Et, répondant à ceux qui avaient soutenu que l'hypothèque conventionnelle était, elle aussi, le prix de la course, puisque le premier venu se fera inscrire et que le second ne viendra qu'après lui, M. Valette faisait remarquer que, dans ce cas, personne n'était trompé, le second créancier sachant fort bien qu'il était primé par un autre : « Il n'y a pas de procédure si savante qui puisse empêcher que le premier inscrit ne passe avant les autres. C'est comme si l'on se plaignait que le second acheteur fût sacrifié au premier qui n'aurait inscrit son achat qu'un jour, qu'une heure, que cinq minutes auparavant. A cela, il n'y a pas de remède. C'est à l'acheteur à se faire inscrire utilement et, en tous cas, à ne payer le prix de la vente qu'après avoir reconnu qu'il vient en première ligne pour l'acquisition de la propriété... L'Assemblée, je crois pouvoir le dire, a la certitude de réaliser une excellente réforme en débarrassant la loi de cette hypothèque ; si vous ne le faisiez pas, vous n'auriez rien fait. Nous voulons simplifier, nous voulons arriver à des ordres peu compliqués. Déjà, nous avons spécialisé l'hypothèque légale. Si vous ne corrigiez pas ce qui est relatif à l'hypothèque judiciaire, vous

arriveriez à détruire par ce seul vote ce que vous auriez fait de bien par la simplification de la loi et vous n'auriez qu'ébauché votre œuvre. »

Après M. Demante, M. de Vatimesnil vint enfin, au nom de la Commission, demander à l'Assemblée de sanctionner la réforme.

Il résuma les raisons déjà données, argumenta de ce que le jugement ne devait pas être attributif, mais déclaratif de droits, et il souligna avec beaucoup de bonheur l'injustice de l'institution.

Il montra également l'inutilité et les conséquences fâcheuses de cette hypothèque à l'égard du débiteur, du crédit en général, de la prompte solution des ordres. A l'amendement Louvet, qui laissait le juge libre de donner hypothèque et de la faire porter sur tels ou tels immeubles, il reprocha l'arbitraire qui en résultait. Il abordait à peine l'amendement Wolowski, qui donnait au créancier le droit de diviser la somme due sur les divers immeubles du débiteur, quand l'Assemblée l'interrompit pour passer immédiatement aux voix, et supprimer l'hypothèque judiciaire, en décidant que les mots « ou judiciaire » ne seraient pas ajoutés à l'article 2108 de la Commission.

69. La séance suivante (1) vit se rouvrir pour un moment la question de l'hypothèque judiciaire. A l'énumération des hypothèques légales de l'article 2113, M. Heurtier proposa d'ajouter un paragraphe

(1) Lundi 23 décembre 1850. *Mon.*, p. 363.

déclarant hypothèques légales, les hypothèques résultant de délits, quasi-délits, pensions alimentaires, sur tous les biens de la partie condamnée. Au moment où se produit le fait qui donne naissance à ces créances, les bénéficiaires sont incapables de stipuler une hypothèque. Ils sont cependant intéressants et doivent être préférables aux créanciers chirographaires d'un débiteur condamné.

Le rapporteur répliqua qu'il n'y avait là qu'une hypothèque judiciaire résultant d'un jugement et non de la loi, qui offrirait les mêmes inconvénients que l'hypothèque ordinaire. Il demanda à l'Assemblée le rejet de l'amendement.

Certains des membres de l'Assemblée qui avaient voté la suppression de l'hypothèque judiciaire, se montrèrent favorables à l'amendement Heurtier ; ainsi M. Victor Lefranc qui, à la séance précédente, avait voté avec la Commission, se déclara forcé de reconnaître qu'il y avait des créances particulièrement intéressantes qu'il fallait protéger. M. Charamaule, au contraire, estima cette garantie inutile, car le créancier peut saisir dès après le jugement (et le débiteur a pu aliéner ces immeubles avant le jugement même si celui-ci confère l'hypothèque).

M. Valette monta encore à la tribune pour bien préciser qu'il n'y avait jamais eu d'hypothèque légale résultant de condamnation, et qu'on avait définitivement voté la suppression de l'hypothèque judiciaire.

M. Heurtier retira son amendement.

70. M. Bouzique présenta à son tour un amendement qui ne fut pas appuyé ; nous ne le signalons qu'à titre de curiosité. Il tendait à interdire les prêts hypothécaires sur les immeubles qui n'atteignent pas une certaine valeur : « on ne peut établir hypothèque, disait l'amendement, sur les immeubles dont la contribution foncière ne s'élève pas à 10 francs au principal, sauf s'ils sont réunis pour l'hypothèque à d'autres héritages, et qu'ensemble, ils atteignent cette cote de contribution. » Il s'agit là d'immeubles de moins de 10.000 francs. Dans la pensée de M. Bouzique, il ne devait pas offrir de garanties réelles et serait toujours absorbé par les frais.

71. Après avoir renvoyé à la Commission divers amendements sur l'article 2121, concernant les hypothèques consenties en vertu d'actes passés à l'étranger (1), l'Assemblée, ayant voté sans discussion les articles 2122 et 2125, on arriva à une autre discussion importante sur l'article 2126, qui organisait la transmission par endossement des titres hypothécaires.

La première difficulté de cette importante question consistait à savoir s'il y aurait des cessions partielles sous cette forme. M. Choque proposa un texte qui, exigeant l'endossement sur la grosse ou le brevet, rendait toute transmission fractionnée impossible. Et

(1) *Vide infra*, ch. III, n° 73.

le rapporteur indiqua que c'était là complètement l'avis de la Commission.

M. Charamaule s'éleva contre cette théorie : il faut au contraire pouvoir morceler la créance ; ainsi, en la divisant en coupons. Il est de pratique courante qu'un banquier prête sur hypothèque 20.000 francs et fournit sur l'emprunteur 20 lettres de change. De la sorte, le créancier fait argent de sa créance selon ses commodités.

M. de Vatimesnil objecta l'impossibilité d'une pareille solution : l'article 2126 décidait que l'endossement ne produirait effet que du jour où le conservateur des hypothèques en aurait fait mention en marge de l'inscription ; cette formalité est indispensable. Dès lors qu'on suppose 20 grosses et 10 endossements sur chacune, cela ferait 200 mentions à inscrire.

Que l'on continue d'ailleurs la pratique courante ; mais sans oublier qu'elle aura toujours cet inconvénient de permettre au créancier de céder d'abord la lettre de change à un tiers, puis la grosse à un autre, et de frauder ainsi un des acquéreurs. Rouher appuya le projet de la Commission, tout en reconnaissant avoir été un certain temps partisan des cessions, mais déclarant qu'il ne fallait pas trop faciliter la mobilisation du sol et la transmission des titres hypothécaires. L'Assemblée rejeta les cessions partielles, mais décida que le texte de la Commission était suffisant pour les interdire et que l'amendement Choque était superflu.

72. D'autres amendements avaient été présentés : ceux de M. Chauvy et de M. Lequien ne furent pas appuyés. Les amendements Bouzique et Casabianca furent renvoyés à la Commission et discutés à la séance suivante.

L'amendement Bouzique fut adopté sans débat : il portait que le conservateur devait certifier au bas de l'endossement qu'il avait effectué la mention (1).

L'amendement Casabianca, adopté par la Commission, concernait l'obligation de garantie incombant aux endosseurs ; il portait qu'il n'y aurait pas de garantie des endosseurs sans stipulation expresse ; mais la stipulation de garantie entraînait la solidarité des garants.

MM. Paulin Gillon et Sainte-Beuve demandèrent que la solidarité fût également stipulée de façon expresse : c'était le droit commun en matière civile. L'Assemblée adopta leur avis, malgré la Commission et le Gouvernement. Après quoi, l'ensemble de l'article 2126 fut voté (2).

73. La discussion de cet article avait été interrompue par le débat sur l'article 2121 (hypothèques con-

(1) Séance du jeudi 26 décembre.

(2) L'hypothèse du paiement d'acompte avant l'échéance doit recevoir la même solution que celle du paiement total ; mais il fallait une rédaction précise : A. 2127 : « Tout paiement d'acompte fait avant l'échéance sera constaté par quittance notariée faite en minute ou en brevet et mentionnée sur la grosse ou le brevet d'obligation. De même, tout paiement d'intérêts devait être indiqué sur le titre, sauf si les intérêts avaient été divisés en coupons. »

senties en pays étranger), revenu de la Commission. Celle-ci avait primitivement décidé de ne pas toucher aux dispositions du Code sur ce point, et de continuer à n'admettre les contrats passés en pays étranger comme pouvant donner lieu à hypothèque sur les biens situés en France, que dans le cas où des dispositions en ce sens se trouvaient dans les lois politiques ou dans les traités (1).

Un amendement, signé de nombreux représentants, fut proposé à la séance du 23 décembre (Valette, Wolowski, Louvet, Charlemagne, Riché, etc...). Il portait que les contrats passés en pays étranger ne pouvaient conférer hypothèque en France qu'autant qu'ils auraient été légalisés par des agents diplomatiques de la France, et vérifiés par le président du Tribunal de la situation des biens. C'était, on le voit, faciliter beaucoup la constitution d'hypothèque par actes passés à l'étranger. Cet amendement avait été renvoyé à la Commission.

A la séance du 26 décembre, M. de Vatimesnil vint combattre l'amendement, non plus comme rapporteur, mais au nom de la minorité de la Commission : celle-ci s'était, en effet, prononcée en faveur de la modification proposée. Il le fit avec une rare habileté à laquelle M. Valette, son adversaire, rendit chaleureusement hommage. Il posa comme principe essentiel, en la matière, le principe de la réciprocité interna-

(1) Art. 2128 C. civ.

tionale, la dignité nationale devant empêcher d'accorder en France, à des étrangers, ce que les étrangers nous refuseraient chez eux ; il soutint, en outre, l'impossibilité d'accomplir à l'étranger les formalités exigées par la loi française, et montra que ces formalités avaient été dictées par les considérations les plus graves. Il fit voir enfin, outre la difficulté de fixer le taux de l'argent dans ces sortes d'opérations, que la réforme allait ouvrir la porte à deux inconvénients funestes en multipliant les procès et les faux.

M. Valette répondit : à la thèse de M. de Vatimesnil, il opposa l'unanimité de la doctrine : Troplong, Duranton, Portalis, président à la Cour de cassation. La loi n'interdit pas d'aliéner à l'étranger, ni même d'y faire son testament. Pourquoi interdirait-on d'hypothéquer ? Le titulaire d'une créance de ce genre ne sera admis à saisir en France, qu'autant que son titre sera rendu exécutoire par le président du Tribunal. Quant aux formes à observer, on se soumettra au grand principe : *locus regit actum*.

Après quelques explications de M. Chégaray, contre l'amendement, et l'avis très énergique que le ministre de la Justice vint apporter, au contraire, en sa faveur, affirmant que cette réforme était indispensable au crédit, l'Assemblée vota cet amendement à une forte majorité, modifiant ainsi le texte du Code.

74. L'Assemblée en était arrivée de la sorte à l'examen de la section III du projet, qui traitait « Du rang que les hypothèques ont entre elles ; et de la conser-

vation des privilèges et hypothèques ». Elle allait ainsi avoir à discuter une des plus importantes réformes du projet : la publicité de l'hypothèque légale.

Un amendement fut déposé par MM. Lherbette, Demante et Gaslonde, tendant au maintien du système du Code. En soumettant l'hypothèque légale à la formalité de l'inscription, exposa M. Lherbette, on va permettre au tuteur ou au mari de contracter un gros emprunt hypothécaire, avant de faire inscrire l'hypothèque légale ; par là, l'incapable voit disparaître sa garantie.

Pour le mineur ou l'interdit, d'un côté, le projet multiplie de façon excessive les réunions du conseil de famille, ce qui entraînera des frais. Il soumet le tuteur à un contrôle insupportable, surtout si ce tuteur est le père ou la mère ; et il surcharge le juge de paix d'occupations et de responsabilités. Pour les femmes mariées, l'intervention des tiers qui doivent requérir l'inscription sera des plus gênantes. La solution de la Commission entraînera cette alternative, ou de voir sacrifier les droits de la femme, ou de voir des discussions délicates surgir au sein du ménage.

Aussi bien le projet laisse-t-il subsister l'occultanéité dans bien d'autres cas (causes de révocation ou de résolution). Ne peut-on la maintenir aussi en cette matière, surtout lorsqu'on songe au nombre d'inscriptions qui vont s'abattre sur la propriété foncière et la déprécier. Singulière manière de favoriser le crédit, d'autre part, en immobilisant, par la consignation, un nombre si considérable de deniers : « Ce crédit

foncier que vous poursuivez, que vous n'obtiendrez pas par les moyens proposés, quand même vous l'obtiendriez immense, à bon marché, gratuit, l'acheter au prix des intérêts des êtres auxquels la loi doit protection, au prix de la dignité des pères et mères, au prix de l'affection entre eux et leurs enfants, au prix de l'affection entre les époux, au prix de l'union entre les proches, au prix de tous les grands principes conservateurs de la famille et de la société, ah ! croyez-moi, ce serait le payer bien cher ! »

A ces critiques, M. Charlemagne répondait : M. Lherbette est effrayé du nombre d'hypothèques légales qui vont se manifester pour écraser le crédit territorial. Il oublie qu'en même temps que nous rendons l'hypothèque publique, nous la spécialisons et nous la limitons. Le tuteur ne pourra, par ailleurs, frauder le pupille en aliénant ou en hypothéquant ses propres immeubles avant l'inscription de l'hypothèque de celui-ci : car il ne faut pas plus de huit jours pour réunir le conseil de famille et prendre inscription, et, au surplus, le tuteur ne peut faire que des actes conservatoires, tant qu'il ne justifie pas de cette inscription ; donc, il ne pourra toucher aux capitaux du pupille. Ce n'est pas une suspicion outrageante qui pèse sur lui, mais une précaution légitime, pour qu'il gère scrupuleusement. Quant à la femme, elle est pleinement capable ; il faut donc la laisser libre, en l'avertissant toutefois au moyen de l'interpellation que doit lui faire le notaire. De même, Marc Dufraisse soutenait la Commission, parce qu'elle assurait le cré-

dit. Et c'était aussi l'idée capitale du discours de M. Wolowski, de beaucoup le plus hardi dans la voie des réformes.

C'est, en effet, au principe même de l'hypothèque légale que s'en prenait M. Wolowski, hypothèque inutile toutes les fois que le mari ou le tuteur ne possède pas d'immeubles. Il suffit que quelqu'un n'ait rien, dans le système du Code, pour qu'on ne lui réclame aucune garantie ! L'éminent économiste détruisait la légende de l'impopularité de la loi de Brumaire, et donnait lecture d'une partie très intéressante du testament de Colbert, réclamant déjà « la notoriété du bilan de chaque propriété ».

A son avis, il faudrait se contenter d'une hypothèque conventionnelle facultative ; sans nul doute, les familles se hâteraient d'y avoir recours, ce qui aurait pour excellents résultats de les rendre plus vigilantes et de les empêcher de toujours se fier aveuglément à l'Etat.

75. Contre ce courant, hostile au maintien du Code, M. Lherbette ne fut pas seul à mener le combat. Avec lui, au cours des trois séances de cet ardent débat, MM. Demante, Gaslonde, Baze, et enfin Rouher lui-même, d'abord favorable à la réforme, vinrent attaquer avec la dernière énergie la solution de la Commission. Ils argumentèrent avant tout du devoir pour l'Etat de protéger les incapables. La faculté que laisse la loi de faire réduire l'hypothèque est une limitation suffisante, en admettant que cette réduction puisse

s'effectuer contre la volonté de la femme, comme le demandait Demante, qui s'appliquait, par ailleurs, à démontrer que les procédés proposés par la Commission pour assurer l'inscription, étaient impuissants et ne devaient aboutir qu'à des tracasseries.

Système inefficace ! s'écriait également M. Gaslonde : au moment où l'hypothèque sera le plus nécessaire, au cas de destruction des immeubles du tuteur, ou d'acquisition par lui de nouveaux immeubles, qui sera chargé de l'inscription ? Le tuteur lui-même ! C'est une inconséquence flagrante, aggravée par ce fait que vous édiquez l'obligation de l'inscription au moment du mariage (quand la femme est conseillée par sa famille et peut librement prendre hypothèque, quand le mari n'a ordinairement pas d'immeubles), et que vous la laissez facultative au cours du mariage, alors que les circonstances semblent l'exiger davantage.

Le projet de la Commission ébranle le crédit du mari, beaucoup plus que ne le faisait le Code ; car si le mari peut encore emprunter en faisant intervenir sa femme, il ne pourra plus vendre, la purge légale étant supprimée, et l'hypothèque de la femme pesant toujours sur l'immeuble.

Il compromet, d'autre part, les reprises de la femme, qui ne pensera à se faire inscrire que quand il sera trop tard ; et surtout, il sacrifie le régime dotal, dont M. Lherbette avait déjà dit qu'il était une sorte de religion dans le Midi, où on considère com-

me intangible le vieux brocard : « Bien de femme ne peut se perdre. »

Partant du même point de vue, M. Baze attaquait le projet comme « contraire aux mœurs, contraire à l'institution de la famille, à l'amour et à la tendresse qui doivent unir un mari et une femme, un père, une mère et leurs enfants » (1).

Mais la meilleure critique de la réforme proposée fut présentée par M. Rouher. D'abord partisan de cette réforme, il affirma avoir reconnu l'impossibilité de l'organiser pratiquement. Le ministre envisageait d'abord la situation du mineur. Par la multiplicité des rouages qu'il fait entrer en jeu, le projet de la Commission crée des complications considérables, et aurait pour conséquence « une discussion incessante de la solvabilité du tuteur », et une intervention des plus fâcheuses entre le père et l'enfant (2). (Exceptionnellement, la Commission admettait le conseil de famille à constituer une hypothèque générale ; mais en pratique, cette solution deviendrait courante, et servirait à éluder toute discussion sur la situation du tuteur.)

Quant à la femme, avant le mariage, l'inscription de son hypothèque sera sans doute prise ; mais elle sera insuffisante dans la plupart des cas. Au contraire, pendant le mariage, l'inscription serait utile et efficace : or, elle ne sera pas prise. Le projet prévoit

1 *Monit.*, 1851, p. 70, c. 1.

2 *Mon.*, 1851, p. 72, c. 3.

bien, en effet, une interpellation du notaire ; mais dans bien des cas, cette interpellation n'aura pas lieu : aucune précaution n'est prise pour les actes sous seing privé, ou les partages amiables, ou les successions dans lesquelles la femme sera héritière ab intestat.

Mais même, si elle a lieu, l'interpellation du notaire sera-t-elle suffisante ? La femme sera un tiers ordinaire en face de son mari : il y aura un germe de désorganisation pour la famille.

Et répondant à la thèse du rapporteur qui avait médité du régime dotal, Rouher montrait combien une partie de la France y était attachée ; et combien il serait regrettable de voir la femme sacrifier un patrimoine, en vue de la conservation duquel son père a stipulé le régime dotal. Cette institution de la dotalité est dominée par un haut point de vue moral : elle est destinée à empêcher les ruines entières. Quant au régime de communauté, on lui reproche de permettre la ruine de la femme ; mais la réforme demandée ne l'empêchera pas. Bien plus, elle la facilitera : car, sous le système du Code, admettant la purge légale, le mari poussera lui-même la femme à s'inscrire, au moment de cette purge, de façon à sauver pour lui et ses enfants une partie du patrimoine. Au contraire, le système de la Commission ruine définitivement et irrévocablement la femme en la laissant primer par les créanciers inscrits avant elle.

76. A la séance précédente, le rapporteur, M. de Vatimesnil, avait défendu le projet de la Commis-

sion : il reprit encore la parole après le discours de M. Rouher, pour tâcher d'en atténuer l'impression, montrant combien le système du Code était désastreux, rendant complètement indisponible les biens du mari et du tuteur, facilitant la fraude contre les tiers, et ne protégeant même pas les incapables. Que propose la Commission à la place de ce système ? Celui-ci obligeait bien à prendre inscription, mais conservait le caractère indéterminé de l'hypothèque et n'organisait pas la manière dont cette inscription devrait être prise. La Commission apporte sur ces deux points des solutions satisfaisantes. Il n'est pas vrai de dire, comme l'affirmait Demante, que le tuteur pourra compromettre les biens du mineur avant d'inscrire l'hypothèque légale, puisqu'il ne peut commencer sa gestion avant que l'inscription ait été prise, et qu'il lui ait été donné copie du reçu fourni par le conservateur au greffier. Il n'est pas vrai davantage de dire que le projet provoque de trop nombreuses réunions du conseil de famille ; car, lorsque celui-ci délibérera au sujet de l'hypothèque légale, il sera toujours réuni pour une autre cause (ouverture de la tutelle, successions échues aux mineurs) pour laquelle la réunion du conseil est nécessaire, et qui est précisément celle qui donne lieu à l'hypothèque légale.

Quel reproche adresse-t-on encore au projet de la Commission ? On a souligné des inconvénients moraux et matériels. Inconvénients moraux : la solvabilité du tuteur sera sans cesse discutée ? Pas le moins du monde. Le projet n'exige qu'une simple opération

de mathématique : évaluer les créances éventuelles du mineur (capitaux, plus les excédents probables des revenus) et prendre une inscription pour ce chiffre. La solvabilité du tuteur n'est pour rien en cause. Des débats continuels auront lieu entre le mari et la femme ? Pas davantage, ce n'est pas à la femme qu'est laissée l'initiative de l'inscription.

Inconvénients matériels ? Le crédit du mari sera immobilisé ? Non, il sera diminué proportionnellement à la valeur de l'inscription.

Mais le mari ne pourra plus vendre ? Justement, la purge légale qui lui donnait cette faculté, au détriment de la femme, était un des abus auxquels il fallait remédier. Mais nous ébranlons le régime dotal ? En aucune façon, quand la dot est immobilière. Quant à la dot mobilière, on pourrait tout d'abord objecter qu'elle échappe à la garantie dotale et que la jurisprudence sur ce point est tout au moins discutable. Et ici, M. de Vatimesnil faisait, en passant, la critique du régime dotal, qui amena la réplique de Rouher que nous signalions tout à l'heure. Mais, continuait M. de Vatimesnil, même en tenant pour exacte et bien fondée la théorie de la jurisprudence, on ne peut dire que la Commission donne à la femme une garantie moindre que le fait le Code, puisque cette femme elle-même, ou toute autre personne, pourra faire inscrire, au lieu qu'aujourd'hui, si le mari vend, la femme perd toute garantie.

L'Assemblée était fort divisée et le vote incertain. La clôture fut prononcée après la réplique du rappor-

teur. Sur 669 votants, 344 furent favorables à l'amendement Demante-Gaslonde, maintenant l'hypothèque occulte, 325 votèrent contre. La Commission était battue et la réforme la plus importante peut-être de tout le projet, échouait à quelques voix de majorité.

77. Le vote que l'Assemblée venait d'émettre, bouleversait profondément les autres dispositions du projet. « Il faut retirer la loi, s'écrièrent quelques représentants. » M. Demante, qui avait été si ardemment favorable à la thèse qui venait de triompher, demanda le renvoi à la Commission pour que celle-ci pût remanier les articles qui dépendaient de la disposition qui venait de disparaître.

La discussion ne reprit que plus d'un mois après, à la séance du mercredi 12 février. L'article 2135 du Code était maintenu ; mais la Commission y ajoutait un dernier alinéa relatif à l'action en revendication de la femme contre les tiers acquéreurs des immeubles dotaux. On sait que la jurisprudence accordait en ce cas à la femme, une option entre deux actions : l'action en revendication, fondée sur ce que l'aliénation est nulle ; l'action en dommages-intérêts contre son mari, garantie par l'hypothèque légale. De l'option de la femme, de graves intérêts dépendent, puisque, suivant qu'elle s'attaquera à son mari ou aux acquéreurs, elle lèsera les créanciers du mari, qu'elle viendra primer, ou les tiers acquéreurs dont les droits seront anéantis, sans qu'aucune garantie vienne assurer leur recours contre le mari. La Commission se

préoccupait seulement de ces tiers acquéreurs, et leur donna, après l'éviction de la part de la femme, la subrogation de plein droit à son hypothèque légale. Rouher s'éleva avec force contre cette décision. Il faut, sans nul doute, dit-il, consacrer la jurisprudence qui reconnaît une double action à la femme. Mais, de là, peuvent résulter de graves injustices : un mari a une fortune considérable, un tiers lui prête 100.000 francs. Plus tard, le mari aliène indûment des immeubles dotaux ; la femme a contre lui une créance garantie par une hypothèque légale, qui remonte au jour du mariage, et primera le créancier. Or, le projet de la Commission vient encore aggraver cette injustice ; car si la femme, en adoptant l'autre solution, revendique contre le tiers-acquéreur la situation du nouveau créancier ne sera pas meilleure puisqu'il se verra primer par le tiers évincé, subrogé au droit de la femme. Le ministre demandait qu'il fût décidé, en pareille circonstance, que la date de l'hypothèque de la femme serait celle de l'aliénation irrégulière des biens dotaux.

L'amendement Rouher fut renvoyé à la Commission qui l'adopta. La discussion reprit le vendredi 14 février avec beaucoup plus d'ampleur.

Obéissant, en effet, aux mêmes préoccupations que Rouher, mais allant beaucoup plus loin que lui, M. Baze vint mettre en question l'option reconnue à la femme, en proposant de supprimer l'hypothèque légale toutes les fois que la femme aurait l'action révocatoire.

A quoi le rapporteur s'opposa, en observant qu'on ne saurait obliger la femme à intenter l'action résolutoire : il peut y avoir là pour elle une question de conscience très respectable. Elle a, du reste, le droit strict, de ratifier un acte nul, cette ratification lui donne action contre son mari : rien de plus juridique.

M. Renouard vint appuyer l'amendement Baze et soutint qu'il ne devrait y avoir lieu à hypothèque légale, que lorsque le contrat de mariage permettait au mari d'aliéner les biens dotaux. Les tiers, ainsi prévenus qu'il peut y avoir eu aliénation, se préoccupent de savoir si elle a été régulière. Mais si le bien dotal est inaliénable, on ne peut reprocher aux tiers de ne pas s'être méfiés.

A la théorie novatrice de MM. Baze et Renouard, M. Paillet vint reprocher de sortir des limites de la discussion : Il ne s'agissait plus de régime hypothécaire, mais de contrat de mariage. L'article 1650 donne à la femme un droit, celui d'exercer l'action résolutoire. Mais la pensée intime du législateur est de laisser à la femme qui a consenti une vente nulle, le droit de ratifier son acte. Et de même, M. Gaslonde reprochait à l'amendement de compromettre le régime dotal.

Vous donnez à la femme une créance contre son mari, et cette créance ne sera pas hypothécaire ? C'est une monstruosité. C'est bouleverser tout le régime matrimonial. Admettre l'hypothèque occulte, comme on l'a fait, c'est admettre par là même que des créan-

ciers imprudents pourront être primés par les droits de la femme.

Le Ministre de la Justice appuya, avec son énergie habituelle, la théorie de M. Baze. Il montra que la question ne sortait pas du domaine des hypothèques, et abandonnant son propre amendement, conclut à l'exercice exclusif de l'action résolutoire. L'acquéreur, à ses yeux, est toujours en faute, soit sciemment, soit par négligence. Il n'y a donc point injustice à le sacrifier. L'exercice de l'option peut donner lieu à des difficultés pratiques : en supposant que la femme obtienne la séparation de biens, le mariage n'étant pas dissous, elle ne peut encore exercer son option ; mais elle a éventuellement contre son mari une créance garantie par l'hypothèque légale, qui se réalisera si elle n'opte pas pour l'action résolutoire. Il faudra donc, lors de la liquidation, à laquelle va donner lieu la séparation de biens, faire au nom de la femme, une collocation qui n'aura qu'un caractère conservatoire ; car, si on lui remettait les deniers représentatifs de sa créance, on pourrait craindre qu'elle les dissipât, et que, plus tard, maîtresse de son choix, elle vienne agir par l'action résolutoire. Il faudra donc consigner cette somme.

A ceux qui voyaient une anomalie dans une créance de la femme non garantie par une hypothèque légale, Rouher répondait : « Il ne s'agit plus ici d'une créance née pendant le mariage ou du fait du mariage ; or, il n'y a que les créances de cet ordre qui doivent bénéficier de la garantie légale. Il s'agit d'une créance

née de l'option de la femme, c'est-à-dire d'un acte postérieur au mariage, et ne devant, par conséquent, être l'objet d'aucune faveur particulière. Je vote donc, concluait-il, pour l'amendement Baze, que je considère comme plus avantageux que le mien.

Une seconde fois, le renvoi à la Commission fut voté.

Enfin à la séance du 15 février, cette question, qui avait donné lieu à une discussion aussi complète, fut tranchée. La Commission s'en tenait à l'article 2135 du Code, abandonnant la subrogation au profit de l'acquéreur du bien dotal, mais demandant le rejet des amendements Rouher et Baze. Le rapporteur observait que l'hypothèque légale ne naissait pas, comme l'avait dit le ministre, d'un acte postérieur au mariage : elle naît au moment où le mari aliène ; seulement, la femme a terme et délai jusqu'à la dissolution ; et à l'amendement Rouher, donnant date à l'hypothèque légale au jour de l'aliénation du bien dotal, M. de Vatimesnil objectait que les créanciers devaient connaître la stipulation du contrat de mariage, et devaient, par conséquent, tenir compte de l'éventualité d'une action en reprise de la femme, fondée sur cette aliénation.

La cause de la Commission avait partie gagnée. Rouher le comprit avant le vote ; et il retira son amendement, en demandant à M. Baze de retirer le sien pour éviter un vote qui pourrait paraître la consécration d'une jurisprudence fâcheuse. M. Baze s'y refusa et son amendement fut repoussé.

78. Dans l'intervalle, qui sépara les deux parties de cette discussion, l'Assemblée avait eu à se prononcer sur deux questions que nous avons à indiquer en peu de mots.

Sur un nouvel article 2136 du projet, la Commission avait décidé, contrairement au Code, qu'il pourrait être convenu que la femme n'aurait point d'hypothèque légale. Après une question de M. Carteret, et des observations de Valette, de Vatimesnil et de Demante, cette disposition fut adoptée.

Mais lorsqu'il s'agit d'appliquer la même règle aux mineurs, il y eut plus de difficultés. La Commission autorisait le conseil de famille à prendre une délibération, décidant qu'aucune hypothèque légale ne serait inscrite au nom du mineur. Ici, M. Carteret demanda de façon ferme la suppression de cette disposition. Valette vint la défendre : cette règle, dit-il en substance, vous venez de l'adopter pour la femme qui peut, dans bien des cas, être mineure. Mais la raison essentielle n'est pas là : le tuteur sera souvent d'une honorabilité et d'une solvabilité parfaites. L'expérience prouve que beaucoup de tuteurs doivent refuser des tutelles, parce qu'ils ne peuvent supporter le poids de l'hypothèque légale, ayant besoin d'un certain crédit pour leurs affaires personnelles. Le conseil de famille doit pouvoir conserver ce crédit. M. Gaslonde fit la remarque que c'était là des arguments qui portaient contre l'hypothèque légale elle-même, et M. Valette n'en disconvint pas. M. Gaslonde demanda le rejet de la proposition de la Commission. L'hypo-

thèque légale, déclara-t-il, peut avoir deux inconvénients : être excessive, et alors la réduction est possible ; être illusoire, et ici on est impuissant. Mais c'est un singulier raisonnement que de vouloir supprimer absolument l'hypothèque légale, parce qu'il se trouve que parfois elle est inefficace.

Le texte de la Commission fut adopté.

79. La seconde question qui arrêta un moment l'Assemblée, fut celle des suppléments d'hypothèque. La Commission avait décidé, dans son article 2138, que le conseil de famille pourrait accorder au mineur un supplément d'hypothèque, au cas de détérioration ou de perte de l'immeuble affecté à sa créance, ou au cas d'accroissement de la fortune du tuteur : « Cette décision ne produira d'effet qu'à la date de l'inscription. »

Rouher et Baroche attaquèrent cette disposition. Ils demandèrent que, tout en obligeant les greffiers à inscrire l'hypothèque nouvelle en marge de l'ancienne, on donnât à cette hypothèque la date même de sa création et qu'on ne la fit pas dépendre de l'inscription. Le texte de la Commission fut défendu par M. de Vatimesnil, qui représenta qu'il y aurait dans le système de M. Rouher une injustice à l'égard des tiers, qui se sont liés à la première délibération, et ne peuvent avoir eu connaissance de la modification ; et par Demante, qui fit très justement observer que la publicité requise pour cette garantie nouvelle accordée au mineur serait toujours assurée ; car, si on

suppose que le conseil de famille se réunit en vue d'augmenter les garanties de l'incapable, il faut bien admettre qu'il ira jusqu'au bout de sa tâche et qu'il rendra ce supplément de garantie efficace. Le texte de la Commission fut adopté (1).

Ainsi, au cas où l'hypothèque légale est trop générale, la Commission admettait qu'on la réduisit, et cela aussi bien pour la femme que pour le mineur ; mais lorsque, au contraire, l'hypothèque était jugée insuffisante, les suppléments d'hypothèque n'étaient possibles que pour le mineur.

M. Renouard proposa et fit adopter un amendement qui, sur ce dernier point, assimilait la femme au mineur. A MM. Valette et de Vatimesnil, qui objectaient le principe du Code, interdisant de revenir sur la restriction opérée en justice, M. Renouard répondait que la situation de la femme était aggravée dans le projet, puisque la restriction pourrait avoir lieu sans son consentement. Il était juste que si l'hypothèque de la femme a été restreinte à certains immeubles, il lui fût permis de demander un supplément d'hypothèque, si ces immeubles étaient devenus insuffisants.

80. A la séance du samedi 15 février, vint en question une des modifications capitales du projet : celle qui soumettait à la publicité les mutations de pro-

(1) Art. 2138.

priété. Le texte de l'article 2143 était ainsi conçu, dans la nouvelle rédaction :

« Seront réalisés au bureau des hypothèques de la situation des biens :

» 1° Tout acte entre vifs, portant aliénation d'immeubles, constitution ou translation de droits immobiliers, susceptibles d'hypothèque.

» 2° Toute renonciation aux droits immobiliers ci-dessus énoncés.

» 3° Tout jugement qui aura déclaré l'existence d'une convention verbale de la nature exprimée dans les deux numéros précédents.

» Jusqu'à la réalisation, les droits résultant des actes ou jugements dont il s'agit ne pourront être opposés aux tiers qui ont acquis, du précédent propriétaire, des droits réels, et qui se seront conformés au présent titre.

» Tout jugement, passé en force de chose jugée, qui prononcera l'annulation, la résolution ou la rescision d'une aliénation réalisée, sera, dans les deux mois à dater du jour où il aura acquis ce caractère, mentionné en marge de l'extrait déposé, conformément à l'article 2154, pour la réalisation. L'avoué qui aura obtenu le jugement sera tenu, sous peine de 100 francs d'amende, de faire opérer cette mention en remettant un bordereau, rédigé et signé par lui, au conservateur qui lui en délivrera récépissé. La même règle s'appliquera aux jugements qui admettront une action en revendication, contre une personne possédant en vertu d'un titre réalisé. »

Il semblait que, si l'on pouvait discuter sur les moyens, aucune discussion n'était possible sur le fond même d'une réforme aussi nécessaire. Ce fut cependant le maintien du système du Code que vint demander M. Gros, dans un des discours les plus longs de tout ce débat. La propriété, à ses yeux, n'avait pas de plus redoutable ennemi que le crédit foncier, auquel on donne des garanties excessives (1). Les fraudes, que redoute la Commission, auraient été en pratique extrêmement rares.

Le projet, argumentait M. Gros, contredit les principes nouveaux qu'a consacrés le Code, et qui donnent à l'acquéreur une situation sûre, au moment même du contrat, sans intervention d'aucun acte matériel. Il méconnaît de plus les rapports de la possession et de la propriété. Le défaut de transcription va compromettre une propriété que vient confirmer une possession parfaite. La Commission a si bien compris la portée de cette publicité de la possession qu'elle n'exige pas la transcription d'une servitude apparente. Or, les transcriptions n'auront pas lieu : les statistiques gouvernementales de 1844 donnent une moyenne de 21 % seulement de ventes transcrites, moyenne qui s'abaissait jusqu'à 12 %, pour les ventes inférieures à 600 francs. « L'obligation de transcrire, onéreuse pour toutes les classes de la so-

(1) « La sûreté des prêteurs, avait déjà dit Tronchet, n'est pas le seul intérêt dont nous ayons à nous occuper. »

ciété, serait intolérable pour les classes pauvres ; elle leur imposerait des frais hors de toutes proportions avec la valeur ordinaire de leur contrat.

Bien plus, disait M. Gros, votre loi est la consécration du vol. Un petit villageois achète à un honnête homme, et ne fait pas transcrire ; mais le vendeur meurt au bout de quelques années ; l'héritier, peu scrupuleux, vend à un tiers qui transcrit : voilà le villageois dépouillé. Si j'avais volé, je pourrais prescrire par 30 ans : ici, je ne le puis, car je ne suis même pas détenteur ; en effet, l'article 170 permet, faute de transcription, de saisir sur l'ancien propriétaire ; or, on doit saisir sur le détenteur, donc je ne suis point détenteur, n'ayant pas fait transcrire.

M. de Vatimesnil n'eut aucune peine à faire triompher le principe de la publicité. Il faut qu'en contractant, on soit absolument sûr que, la veille même, quelqu'un n'a pas acquis l'immeuble, ou n'a pas prêté hypothécairement sur lui. On dit : la transcription n'aura pas lieu ? Tant pis pour ceux qui méconnaîtront la loi. — La possession sera méconnue. Mais dans bien des cas, elle ne serait pas suffisamment apparente pour constituer une véritable publicité. — On a parlé de bonne foi ? on voudrait qu'elle fût nécessaire pour opposer le défaut de transcription ? Non, le principe doit toujours s'appliquer, étant d'ordre public.

L'amendement ne fut pas appuyé.

81. Le principe de la publicité admis, restait à en organiser les formes. La Commission prescrivait la

réalisation, c'est-à-dire le dépôt d'un extrait de l'acte ou du jugement conférant hypothèque au bureau du conservateur. Un amendement fut déposé par MM. Chauvy et Cassal, pour obliger au dépôt, non pas seulement d'un extrait, mais de la copie littérale de l'acte à publier.

Il se justifiait par trois raisons : 1° une raison d'économie ; l'extrait coûtera les frais de notaire, la copie n'en occasionnera pas ; 2° il n'y aura pas de publicité absolument sûre si on se contente d'un extrait, et on engage par là très lourdement la responsabilité des notaires ; 3° enfin, l'acte sous seing privé n'offrant en soi aucune garantie, il sera nécessaire que le conservateur en fasse lui-même la copie, avec un double sous les yeux.

M. de Vatimesnil répondit : 1° Les frais de copie seront bien souvent plus élevés que les frais d'extrait ; 2° les notaires feront les extraits avec beaucoup d'exactitude ; 3° si les acquéreurs qui font transcrire un sous seing privé ont des inquiétudes, ils n'ont qu'à donner copie littérale de l'ensemble de l'acte. Le projet ne les en empêche pas.

L'amendement fut rejeté.

82. L'Assemblée en était arrivée par là au chapitre IV, qui traitait « de l'inscription des privilèges et des hypothèques et des oppositions ».

La matière des oppositions allait ouvrir le dernier débat important. Mais auparavant, Rouher avait fait modifier la disposition du projet relative aux intérêts

conservés par l'inscription. La Commission avait décidé qu'un dixième du capital inscrit serait conservé (1). Rouher demanda que cette somme fût portée à un sixième, et, après renvoi à la Commission, l'amendement fut adopté par celle-ci et sanctionné par l'Assemblée à la séance du 21 février.

83. Le projet, nous le savons, supprimait l'hypothèque judiciaire. Les « oppositions » avaient précisément pour but de suppléer, en ce qu'elle avait d'utile, à cette hypothèque judiciaire disparue. La Commission avait donc admis que « tout créancier porteur d'un jugement de condamnation pourrait former, au bureau de la conservation des hypothèques, opposition sur les immeubles de son débiteur, pourvu que le montant de la condamnation soit liquide, ou, s'il ne l'est pas, pourvu que le Tribunal ait provisoirement fixé la somme jusqu'à concurrence de laquelle il sera loisible de former opposition. Le même droit appartiendra au porteur d'une obligation notariée, lorsque le montant de l'obligation sera liquide ou exigible. » (Art. 2163.)

MM. Arbey et Flandin proposèrent d'étendre cette disposition aux sous seings privés, et de permettre de faire opposition avec ces seuls titres, après, toutefois, une autorisation du juge : sinon, ce serait forcer tout le monde aux frais d'un acte notarié. Mais l'intention des auteurs de l'amendement était encore plus d'in-

(1) Art. 2159.

terdire « qu'aucune hypothèque conventionnelle fût inscrite après opposition ». Sur ce point, le texte du projet leur paraissait insuffisant.

Soit, en effet, un immeuble valant 20.000 francs : une première hypothèque est inscrite pour 10.000 ; un créancier fait ensuite opposition pour 5.000 ; deuxième inscription de 5.000, et deuxième opposition de 5000 francs également.

Le premier créancier hypothécaire est payé ; pour payer le premier opposant, il faut, d'après le projet, considérer tous les autres créanciers comme chirographaires : il y aura 10.000 francs à partager entre trois par parts égales. Il reviendra au premier opposant la somme de 3.333 fr. 33. Le deuxième inscrit hypothécaire touchera 5.000 francs ; et le deuxième opposant aura le solde, 1.666 francs.

Cette solution n'est pas juste : le créancier opposant, qui a fait diligence, ne saurait être réduit à un dividende qui pourrait être dérisoire, alors qu'un créancier hypothécaire venu après lui touchera l'intégralité de sa créance.

M. de Vatimesnil répondit qu'on ne pouvait admettre qu'un acte de ce genre pût venir paralyser toute la fortune du débiteur, quand il était constaté par simple sous seing privé ; une créance de 5.000 francs ne peut rendre inutilisable une fortune de 50.000 francs.

En sens contraire, Sainte-Beuve reprocha au projet de reconstituer l'hypothèque judiciaire sans la garantie que donnait à l'ancienne institution l'inter-

vention de la justice. Valette, mis en cause par lui, fit observer qu'encore personne n'avait vraiment discuté les mérites de l'opposition. Le rapporteur, dit-il, a répondu à MM. Arbey et Flandin sur la question des sous seings privés. Maintenant M. Sainte-Beuve veut enlever au débiteur le droit de constituer hypothèque après une opposition. Mais ce débiteur continue à être le maître de disposer de sa chose. Il n'y a point similitude entre l'opposition et la faillite.

Malgré une intervention de M. Maréchal, venant encore appuyer la thèse d'Arbey et Flandin, leur amendement fut rejeté. En somme, comme le remarquait Rouher, l'hypothèque conventionnelle consentie après opposition, aura le même effet qu'un transport de créance qui interviendrait après une opposition antérieure faite au payement de cette créance.

84. La séance du 21 février fut la dernière séance intéressante; M. Renouard y présenta un amendement, maintenant le délaissement dans le seul cas où l'acheteur a déjà payé son prix : il serait juste de ne le tenir pour débiteur principal que quant au surplus de la dette hypothécaire, et il est rigoureux de le faire payer deux fois. Tant pis ! répliqua de Vatimesnil : il a mal payé. Il en serait bien de même s'il avait payé au préjudice de saisies-arrêts ! il y a, du reste, un adoucissement à cette rigueur ; s'il y a revente de l'immeuble, il ne sera débiteur que de la différence entre son propre prix et le nouveau prix. L'amendement fut rejeté.

85. Une vive discussion, sur laquelle nous n'avons pas à nous étendre, s'éleva à propos des annonces judiciaires. La Commission chargeait les Tribunaux de désigner les journaux où devaient se faire les insertions. Des considérations d'ordre politique amenèrent des incidents assez âpres, relativement à la confiance à avoir dans la magistrature. L'Assemblée adopta par 387 voix contre 242, le texte du projet, et renvoya à la Commission un amendement de Sainte-Beuve, prescrivant aux Tribunaux de choisir les journaux qui avaient le plus d'abonnés. Avec un grand esprit de libéralisme, Commission et Assemblée adoptèrent l'amendement. (Séance du 22 février.)

86. Après adoption d'un amendement Cassal ainsi conçu : « Dans le cas d'adjudication de divers articles d'immeubles appartenant au même débiteur, les divers acquéreurs devront se réunir pour faire une seule et même purge » ; et d'un autre amendement demandant la diminution des droits fiscaux, l'Assemblée vota sans discussion les articles 2178 à 2203. Après quoi, elle décida de passer à une troisième délibération.

En définitive, le projet de la Commission sortait assez modifié des 17 séances auxquelles il avait donné lieu. Nous avons indiqué, de façon aussi complète que possible, les changements qui y furent apportés. On doit regretter qu'à côté d'améliorations sérieuses, apportées par elle au projet, l'Assemblée ait rejeté

d'excellentes réformes, tout particulièrement la publicité des hypothèques légales. Encore faut-il remarquer que la question est difficile et complexe, et que, même aujourd'hui, il n'est pas unanimement acquis qu'il faille envisager avec une rigueur absolue la nécessité de la publicité pour cette catégorie d'hypothèques.

La troisième délibération ne devait pas avoir lieu ; elle commença le 1^{er} juillet 1851 ; mais elle fut renvoyée sur la demande de quelques représentants. Les pouvoirs de l'Assemblée législative prirent fin avant qu'elle pût être reprise. Ainsi, l'œuvre élaborée de façon aussi sérieuse et préparée de si longue date ne put aboutir à une disposition législative.

Cependant l'effort accompli ne devait pas être inutile ; il appartenait au Second Empire de corriger sur quelques points l'œuvre du Premier. Ce fut l'objet de la loi du 23 mars 1855, discutée au Corps législatif, du 13 au 17 janvier, sans incident notable, adoptée par le Sénat le 14 mars suivant (1). Le rapport de M. Debelleyrne avait été déposé le 21 mars 1854 (2). Nous n'avons pas à insister ici sur une loi aussi connue, qui est, à l'heure actuelle, la loi fondamentale des transmissions immobilières. Aussi bien, avons-nous eu l'occasion d'en analyser l'économie, dans l'exposé critique que nous avons fait de notre

(1) Voir *Moniteur*, 20 janvier 1855, p. 79, col. 1.

(2) *Moniteur*, 1854, supp. I, p. 34, col. 4.

système actuel. La loi du 13 février 1889 vint apporter à celle de 1855 une amélioration importante ; mais il faut attendre les dix dernières années du XIX^e siècle pour voir reprendre la question de la réforme hypothécaire proprement dite.

CHAPITRE QUATRIÈME

LA COMMISSION EXTRAPARLEMENTAIRE DU CADASTRE ET L'AVANT-PROJET DE RÉFORME HYPOTHÉCAIRE ET D'ORGANISATION DES LIVRES FONCIERS.

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉFORME CADASTRALE

1. Destination nouvelle de la publicité — 2. But de la réforme entreprise en 1891 — 3. Création de la Commission du cadastre — Les sous-commissions — Le Plan — 4. Nomination d'une commission d'enquête pour la réfection du cadastre — 5. Les enquêtes — 6. Délimitation et bornage: a) Propriétés publiques — L'ilot de propriété — 7. b) Propriétés privées — 8. Conservation du cadastre.

DEUXIÈME PARTIE

LE LIVRE FONCIER

I.

9. Plan général — 10. L'idée du Livre Foncier — 11. Sa critique — 12. Sa défense — 13. Adoption par la sous-commission du principe du Livre Foncier, avec réserves — 14. Définition du Livre Foncier: l'unité foncière, feuillet personnel et réel — 15. Observation de M. Flour de Saint-Genis — 16. L'ordre des questions à discuter.

II. FORME DES LIVRES FONCIERS

17. Publicité réelle — 18. L'unité foncière : a) l'unité d'exploitation — 19. b) La parcelle — 20. c) L'îlot de propriété — 21. Importance des voies de communication — 22. Juxtaposition de la publicité personnelle et réelle — 23. Résolutions votées par la sous-commission.

III. MENTIONS QUI DOIVENT Y FIGURER

24. Détermination physique de l'immeuble — 25. Détermination physico-juridique — 26. Détermination juridique — Effet des mutations partielles — 28. Mentions des incapacités.

IV. AUTORITÉ DES LIVRES FONCIERS

29. Trois situations à envisager — 30. Rapports des parties entre elles — 31. Rapports de l'acquéreur et des tiers — 32. Rapports du propriétaire véritable avec un acquéreur *a non domino*, ayant traité sur la foi du Livre Foncier (force probante.)

V. JUSTIFICATIONS A FOURNIR AU CONSERVATEUR

33. Deux systèmes concevables — Décision du Comité de rédaction et d'étude — 34. Faut-il un acte authentique pour faire inscrire? Résolutions de la sous-commission — 35. Hypothèse d'un bordereau authentique : pas d'autres justifications à fournir — 36. Hypothèse d'un bordereau sous seing privé — 37. Discussion : définition des deux sortes de bordereaux — 38. Dans l'hypothèse du bordereau sous seing privé : vérification de l'identité — 39. De la capacité : minorité et interdiction — 40. Id. : femme mariée, failli — 41. Critique de ces solutions — Théorie du casier civil et de la publicité autonome — 42. Résolutions de la sous-commission.

VI. CIRCONSCRIPTION DU LIVRE FONCIER

43. Tendances contraires — 44. L'arrondissement : unité de circonscription — 45. Tenue des Livres Fonciers confiés à l'enregistrement.

VII. RESPONSABILITÉS

46. Propositions du Comité — 47. Juges de paix — 48. Conservateur — 49. Etat — 50. Prescription — 51. Résumé de la théorie des Livres Fonciers.

TROISIÈME PARTIE

PUBLICITÉ DES MENTIONS D'ÉTAT-CIVIL

52. Question du Casier civil — 53. Système du Comité : minorité — 54. Femme mariée, failli, interdit — 55. Critique — 56. Résolutions de la sous-commission — 57. Appréciation.

QUATRIÈME PARTIE

PUBLICITÉ DES MUTATIONS DE PROPRIÉTÉ ET DES DROITS RÉELS AUTRES QUE LES PRIVILÈGES ET LES HYPOTHÈQUES

I.

58. Trois formes de publicité — 59. 1^o La mention — 60. 2^o L'inscription — 61. 3^o La prénotation — 62. Effets de la publicité : principe — 63. Pas de mention possible sans inscription préalable — 64. Les causes de résolution — 65. Articles 299 et 528 du Code civil — 66. L'action résolutoire — 67. Les tiers peuvent désintéresser le demandeur en résolution — 68. Droits des tiers sur les remboursements opérés par le revendiquant — 69. Retrait d'indivision — 70. Eviction pour emploi non effectué et rapport à succession — 71. Les actions en nullité — 72. Nullités tenant à l'acte lui-même.

II.

73. Mutations entre vifs : principe — 74. Actes déclaratifs et autres droits — 75. Contrat de mariage — 76. Mutations à cause de mort.

III.

77. Sanction : l'inopposabilité — 78. Qui sont les tiers ? — 79. Principe de la force probante — 80. Difficultés au cas de mutation pour cause de mort.

IV.

81. Arrêt du cours des inscriptions — 82. Inscription après décès — 83. Actes en vertu desquels on peut inscrire — 84. Difficultés au cas de mutations à cause de mort — 85. Décisions judiciaires.

V.

86. Radiations — 87. Vérifications nécessaires — 88. Rectifications d'énonciations inexactes.

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉFORME CADASTRALE

1. La loi de 1855, avec l'amélioration qu'était venue y apporter la loi de 1889, n'avait qu'indirectement touché à la matière des hypothèques. Les imperfections persistaient comme dans le passé, et quelque considérable qu'ait été la réforme par laquelle les mutations de propriété étaient désormais rendues publiques, elle n'était cependant pas complète ; peut-être même partait-elle d'un principe insuffisant : « La publicité des transferts immobiliers ne saurait se proposer pour objet exclusif et fin dernière, de pourvoir à la protection individuelle des propriétaires fonciers ; elle a de nos jours une mission plus haute, qui est de coopérer, par la prompte circulation des biens et la libre expansion du crédit, à la prospérité publique, au bien-être général de la société. » (1)

2. Le budget de 1891 donna au Gouvernement l'occasion de reprendre la question. A vrai dire, on

(1) Besson, *Réforme hypothécaire*, p. 123.

ne pensa pas tout d'abord aux hypothèques : ce fut la question du renouvellement du cadastre qui amena le Gouvernement à envisager en même temps une réforme du titre des hypothèques. Mais cette préoccupation ne vient pour ainsi dire qu'accessoirement, et les travaux considérables qui suivirent n'ont point eu comme point de départ le dessein de réformer la loi hypothécaire, mais plutôt celui de refondre l'organisation cadastrale. Seulement, l'importance même de l'œuvre méritait qu'on la fit tendre à un second but, et que, non seulement on rendit le cadastre plus exact, quant aux évaluations fiscales, mais encore qu'il eût une plus large utilité : « La cadastre, dit l'exposé des motifs du budget de 1891, perpétué à l'aide d'un système permanent de conservation, ne serait pas seulement un instrument fiscal et administratif : il devrait satisfaire à d'autres besoins. Des abornements généraux et une triangulation rigoureuse précéderaient le renouvellement des opérations ; le cadastre constituerait la base de la propriété foncière ; il assurerait la sécurité des hypothèques et la régularité des transactions immobilières ; il fournirait enfin l'agriculture par le développement des institutions de crédit, les moyens d'action qui lui font défaut aujourd'hui. En un mot, il deviendrait le Grand-Livre terrier de la France... » (1)

C'est le point de vue que défendait également, à la

(1) Exposé des motifs, p. 27.

Chambre, le 2 décembre 1890, le ministre des Finances au nom du Gouvernement, et M. Poincaré, au nom de la Commission du budget. Le Parlement se montra favorable aux vues ainsi exprimées, et ouvrit au chapitre 65 du budget des dépenses du ministère des Finances, un crédit d'un million pour permettre d'aborder les études et les expériences qui devaient nécessairement précéder l'application d'une réforme aussi considérable.

3. En exécution de cette loi, M. Rouvier, ministre des Finances, adressait au Président de la République, en date du 29 mai 1891, un rapport dans lequel il exposait le dessein général des travaux : « Il n'est pas douteux, affirmait-il, que les études du Gouvernement doivent comprendre, non pas seulement la réforme de notre système hypothécaire, mais l'ensemble de la question immobilière. » (1) Il énumérait les points principaux qu'il faudrait régler, indiquait les moyens pratiques de reconstituer la propriété... etc.

Un décret du 30 mai constituait la Commission du cadastre, sous la présidence du ministre, MM. Léon Say et Tirard étant vice-présidents.

4. La Commission se réunit pour la première fois en séance plénière le 10 juin 1891 : ses travaux devaient durer jusqu'au mois de mai 1905.

Le problème à résoudre consistait, ainsi que le for-

(1) Rapport de M. Rouvier. Imprimerie Nationale, 1891, p. 5.

mula très bien plus tard M. Cheysson, « à asseoir la propriété immobilière sur deux bases solides, l'une graphique, l'autre juridique, sur le cadastre et le Livre Foncier, constamment tenus en concordance et à jour » (1).

Dès l'abord, la Commission se partagea en trois sous-commissions : la première, devant s'occuper des questions techniques, fut présidée par M. Tirard ; la seconde, sous-commission juridique, par M. Léon Say ; la troisième, chargée d'étudier les voies et moyens, par le ministre lui-même.

Notre dessein ne saurait être de donner ici une analyse détaillée de tous ces travaux, qui remplissent les volumineux fascicules publiés par les soins du Ministère des Finances ; il en est qui sortent, en effet, du cadre de cette étude : ainsi les délibérations de la sous-commission technique ; les études pratiques pour arriver à un bornage satisfaisant des propriétés, l'évaluation des dépenses de la réfection cadastrale, l'organisation du personnel... Il nous sera cependant nécessaire de fixer tout au moins les résultats obtenus, pour l'intelligence complète de l'organisation des Livres Fonciers. C'est là que nous commencerons cette étude : après quoi, dans une seconde partie, nous étudierons le Livre Foncier lui-même ; puis nous aborderons l'examen de l'organisation de la publicité en général, et enfin l'étude de la réforme hypothécaire

(1) Procès-verbaux de la Commission, f. VI, p. 496.

elle-même, à propos de laquelle nous entrerons dans plus de détails.

4. Dès la première séance de travail de la sous-commission technique, deux courants se manifestèrent nettement. Certains, comme MM. Boudenoot, Sanguet et Ferrier, conclurent à une réforme absolue du cadastre ; les autres, comme MM. Degouy et Gonin, effrayés des difficultés d'une refonte totale, ne voulaient cette solution radicale, que là seulement où il était bien démontré qu'on ne pouvait faire autrement.

La discussion avait été précédée d'un magistral exposé du directeur général des Contributions directes, M. Boutin, sur l'état actuel du cadastre. M. Boutin avait démontré que la matrice cadastrale aussi bien que le plan cadastral et que les évaluations, bases de l'impôt foncier, étaient entièrement inexacts. Commencé en 1808, terminé en 1846, le cadastre d'aujourd'hui ne correspond plus à la réalité. La loi du 7 août 1850 avait bien décidé, dans son article 7, que « dans toute commune cadastrée depuis 30 ans au moins, il pourra être procédé à la révision et au renouvellement du cadastre, sur la demande du Conseil municipal de la commune, et sur l'avis conforme du Conseil général du département, à la charge pour la commune de pourvoir aux frais des nouvelles opérations. » Mais 363 communes seulement avaient usé de cette faculté, et depuis lors, les inconvénients de cette situation n'avaient fait que s'accroître.

Seule, une enquête pouvait indiquer de quelle fa-

gon, et dans quelle mesure, il fallait opérer la révision. Sur la proposition de M. Delombre, la sous-commission adopta cette résolution : qu'un Comité de six membres, pris parmi les membres de la sous-commission technique, serait chargé d'une enquête spéciale sur l'état exact du cadastre, et ferait un rapport à soumettre à la sous-commission (1). Un Comité de 12 membres fut également nommé sur la proposition de MM. Cheysson et Henri Boucher, et chargé « d'élaborer et de soumettre à la sous-commission un programme d'expériences techniques à effectuer sur le terrain, en vue d'apprécier la valeur des différentes méthodes de lever qui pourraient être employées pour le renouvellement du cadastre. » Le premier de ces Comités fut dit Comité d'enquête, le second, Comité des essais.

5. Il serait intéressant de suivre l'un et l'autre de ces Comités dans les expériences et les recherches auxquelles ils se livrèrent (enquête administrative ; travaux d'art sur le terrain ; statistiques diverses). On trouvera tous les renseignements à cet égard dans le fascicule IV, où sont réunis tous les travaux des Comités, les rapports divers et les documents recueillis, département par département. Bornons-nous à enregistrer quelques résultats.

De l'enquête administrative, à laquelle il fut pro-

(1) P.-V. I, p. 53.

cédé en exécution d'une circulaire du 24 juin 1891, il résultait que, sur 36.144 communes, 28.850 (soit 80 %) nécessiteraient un renouvellement intégral du cadastre ; 7.294, une simple révision.. Du rapport de M. Debray, chargé de résumer les résultats de l'enquête expérimentale (1), il résulte que sur les 173 communes qui ont servi de champ d'expérience dans tous les départements, pour 14, les Comités départementaux concluent à une revision pure et simple des plans ; pour 14, à une revision partielle avec levés nouveaux ; pour 145, à la réfection intégrale du cadastre (soit 16 % contre 84 %, pour cette dernière solution). Des deux enquêtes ressortait la nécessité d'une réfection intégrale (2).

L'enquête sur le bornage eut M. Lallemand comme rapporteur (3). Il en ressortait, outre la constatation du grand nombre de procès en bornage, que celui-ci restait encore à effectuer sur 1/3 du territoire. Le rapport donnait des détails circonstanciés sur les abornements généraux (4), sur les bornages collectifs (tentatives de M. Freyssinaud à Limoges), tentés dans le pays. En revanche, l'enquête n'avait pas révélé en France les grandes opérations pratiquées à l'étranger, sous le nom de *remembrements de propriété* (5). Dans les abornements généraux, il ne s'a-

(1) Procès-verbaux, 29 décembre 1891, f. II, p. 21.

(2) P.-V. 4 juillet 1892, fasc. II, p. 39.

3 *L. c.*, p. 35.

(4) Voir le fascicule 4, p. 478-482 et la remarquable notice de Beaudesson, citée à la bibliographie.

(5) Cheysson. Rapport général, f. VI, p. 509.

git que « de retouches discrètes à quelques contours irréguliers et de la suppression des enclaves, tout en respectant le plus possible le fait de la possession actuelle. Au contraire, le remembrement méconnaît le droit du propriétaire, en remplaçant une propriété faite de morceaux disséminés par un lot équivalent d'un seul tenant. L'Etat s'empare des propriétés pour les allotir au mieux des convenances agricoles. Il y a là une atteinte au droit de propriété, aux convenances individuelles de chacun, qui ne saurait être admise chez nous. Pour le même motif, l'obligation d'opérer les abornements généraux serait très mal accueillie des propriétaires fonciers. Ceux-ci seraient plus favorables au bornage obligatoire, mais à condition que les frais n'en soient pas supportés par les propriétaires. Et M. Lallemant concluait à imposer l'obligation de borner et de délimiter leurs propriétés à l'Etat, aux départements, communes, compagnies et associations reconnues par l'Etat, à n'imposer aux propriétés privées que la délimitation obligatoire, en laissant les bornages facultatifs, à soumettre à l'assentiment des propriétaires toute modification des bornages existants, à obliger enfin les communes à fixer le périmètre de leurs territoires respectifs, ainsi que des cantons, triages et lieux dits, de manière à rendre facile par ce bornage communal, la détermination des îlots de propriété (1). Ces conclusions fu-

(1) Voir fasc. II, p. 41-42.

rent adoptées, avec des réserves toutefois en ce qui concernait les délimitations privées.

Il ne saurait être davantage question pour nous d'examiner les essais techniques de réfection du cadastre : essais par la méthode des alignements et la méthode trachéométrique (1) ; essais de levés parcellaires par la photographie (2) ; travaux effectués à Neuilly-Plaisance, où les résultats furent des plus intéressants (3). Nous renvoyons aux documents que nous citons en note.

La sous-commission technique admit, comme cela ne pouvait faire de doute, l'insuffisance absolue des documents cadastraux, aussi bien pour la péréquation de l'impôt foncier, que pour la réforme du régime hypothécaire et le fonctionnement du crédit agricole, sur la base du Livre Foncier. Mais elle admit aussi, que partout où cela paraîtrait possible, il serait préférable de procéder par voie de simple révision, plutôt que par voie de réfection totale (4).

6. Pour cela, il faut d'abord procéder à la délimitation et au bornage ; car il importe de bien définir le droit avant de le constater.

(1) Voyez le rapport de M. Durand-Claye, fasc. V, p.

(2) Cf. fasc. I, p. 153, fasc. II, p. 62. — Séances du Comité des essais : 12 et 18 février 1895.

(3) Voyez Rapport général de M. Cheysson, fasc. III, p. 515 à 526.

(4) Nous nous inspirons surtout pour ces quelques indications indispensables à l'intelligence du Livre Foncier de l'excellent et lumineux rapport de M. Cheysson que nous avons déjà cité, et qui contient l'exposé le plus clair et le plus complet de cette question difficile et compliquée.

Pour les propriétés publiques, la question souffrant peu de difficultés, car on pouvait facilement admettre pour elles l'obligation tant de la délimitation que du bornage. Cette opération sera accompagnée, décide la sous-commission, d'une nouvelle reconnaissance du territoire communal, et d'une division du territoire en sections. Ces sections seront définies par des limites naturelles (cours d'eau, crêtes, chemins, canaux, etc...), ou par les lignes séparatives d'îlots de propriété, et rattachées à des bornes-repères.

Qu'est-ce donc que cet îlot de propriété qui va être l'unité première de cette organisation, la base du Livre Foncier ? L'article 7 de l'avant-projet (art. 9 en première lecture) le définit ainsi : « L'îlot de propriété ou unité foncière est constitué par toute étendue de terre contenant une ou plusieurs parcelles contiguës appartenant au même propriétaire, et situées dans la même section de commune : ne sont pas considérées comme contiguës les parcelles qui sont séparées par des chemins ou des cours d'eau publics. » Le bornage sera obligatoire pour l'Etat, le département et les communes.

7. Au contraire, pour les propriétés privées, le bornage ne sera pas obligatoire ; sans doute, dans l'enquête, la majorité était favorable à cette obligation (1), mais à condition que les frais seraient sup-

(1) *Supra*, n° 5.

portés par l'Etat. C'était là, faire retomber, grâce à la répercussion des centimes additionnels, sur les propriétaires qui se seraient mis en règle à leurs frais, une partie de la charge de cette obligation. La délimitation des propriétés privées n'entraînera donc pas l'obligation de leur bornage.

Mais comment assurer la délimitation ? On ne pourrait fonder beaucoup d'espoir sur les délimitations individuelles, faites en vertu de l'article 646 du Code civil ; on n'arriverait pas à un résultat d'ensemble, sans parler des frais très coûteux de ce procédé. D'autre part, nous savons que les remembrements de propriété et les abornements généraux obligatoires étaient à peu près unanimement repoussés par les Comités départementaux.

Le Comité d'enquête et le Comité mixte de rédaction et d'études eurent alors recours aux syndicats soit libres, soit autorisés. M. Sanguet avait demandé la création d'associations syndicales entre propriétaires en vue du bornage et de la délimitation ; ou, encore mieux, la formation de conseils de prud'hommes ruraux. L'article premier de la loi de 1888 prévoit, en effet, l'organisation de syndicats en vue de « chemins d'exploitation ou de toute autre amélioration d'intérêt collectif ». Ces syndicats étant autorisés, la minorité est tenue de suivre la loi de la majorité. L'action de ces associations syndicales serait restreinte à la seule délimitation. En revanche, des syndicats libres pourraient se former, exigeant l'unanimité des intéressés, et procéder alors aux borna-

ges, aux remembrements de propriété, etc..., opérations pour lesquelles la sous-commission rejette toute idée d'obligation.

Mais, pour la délimitation, le Comité mixte voudrait qu'elle fût obligatoire : car il y a là une question qui dépasse l'intérêt privé. Dans les communes, où le syndicat libre ou autorisé n'y aurait pas pourvu, une Commission commerciale de délimitation serait chargée d'y procéder. Les articles 12 à 23 de l'avant-projet indiquaient la composition, les attributions, la procédure de cette Commission spéciale. Mais le Comité d'enquête se montra d'avis contraire : il lui paraissait impossible d'imposer la délimitation à une commune dont la majorité des propriétaires y seraient opposés. Le Comité se contenterait de laisser ces opérations facultatives, en accordant des faveurs spéciales aux communes et aux propriétaires qui les entreprendraient.

La sous-commission, en présence de cette divergence de vues en raison du caractère à la fois technique et juridique des articles 12 à 23 du projet, décida dans la séance du 4 février 1895 de s'en dessaisir et de les porter directement devant la Commission plénière.

8. Il ne nous appartient pas, après avoir ainsi rapidement indiqué les principes de la délimitation, d'exposer les opérations techniques, les opérations cadastrales proprement dites dont la sous-commission traça le plan et discuta la valeur (triangulation, poly-

gonation, lever des détails du terrain, choix des instruments, relevé des cotes d'altitude, établissement des plans, expertise cadastrale). Nous n'avons pas davantage à nous occuper de l'organisation du personnel, ni de l'évaluation des dépenses (1). Ajoutons seulement un mot sur un point essentiel, la conservation du cadastre.

La nécessité de cette conservation est évidente : l'énorme travail de réfection serait vain si on ne prenait les dispositions nécessaires pour en perpétuer les effets. Sans discussion, la résolution suivante fut adoptée après deux rédactions différentes successives, à la séance de la sous-commission du 25 mai 1894 : « Au fur et à mesure de la réfection et de la revision du cadastre, il sera organisé un service de conservation chargé de le tenir constamment à jour » (2).

On discuta assez longtemps au sujet de la circonscription des bureaux de conservation. Si c'était le canton, le géomètre conservateur serait mieux à la portée des propriétaires. Mais les partisans de la conservation par arrondissement invoquaient la nécessité de mettre en exacte concordance le cadastre et le Livre Foncier. Ce fut cette opinion qui l'emporta à la

(1) La sous-commission se trouva à ce point de vue en présence de deux évaluations : l'une de 600 millions émise par le Conseil de rédaction et d'études ; l'autre de 574 millions, présentée par l'Administration. L'écart est relativement très faible ; on peut donc tenir pour certain que la dépense sera au maximum de 600 millions.

(2) P.-V. fasc. V, p. 51.

sous-commission technique, à la séance du 18 février 1895. L'article 31 de l'avant-projet portait : « Il pourra être créé par arrondissement une ou plusieurs conservations cadastrales ; elles seront en même nombre et placées dans les mêmes communes que les conservations du Livre Foncier. » Mais cette résolution ne fut pas consacrée à la deuxième lecture, et cet article, devenu l'article 29, fut ainsi rédigé : « Il sera créé, par département, une ou plusieurs conservations cadastrales. » (1)

La question de la conservation du cadastre se pose lorsqu'à la suite d'une mutation, l'ilot de propriété est fractionné. Par quel moyen se maintiendra la concordance entre les tracés nouveaux et le plan ? Faut-il obliger le conservateur, de peur que le plan ne soit pas la reproduction fidèle de la délimitation, à se rendre sur les lieux pour y faire le mesurage et le contrôle ?

Les opinions furent très divisées ; la préoccupation d'assurer la parfaite conformité du plan et de la réalité des choses fit prévaloir l'avis que le conservateur devrait se rendre sur le terrain. L'article 32 fixa cette obligation, ainsi que divers points de détail ; il fut modifié en seconde lecture et devint l'article 30

(1) La sous-commission juridique avait le 1^{er} juin 1893 émis le vote suivant : « Il y aura une conservation du Livre Foncier, par chaque arrondissement... ; toutefois la conservation pourra être divisée en deux ou plusieurs bureaux par arrondissement. P. V, fasc. V, p. 278.

dont le texte suffira à l'exposition de cette question de conservation cadastrale :

« Le conservateur du cadastre sera chargé de tenir les plans et les registres cadastraux au courant des mutations qui surviendront dans la propriété, et des changements de limites des îlots.

» Tout changement de limite d'îlot sera constaté par un procès-verbal de délimitation. Les nouvelles limites seront rattachées aux bornes repères et tracées sur un plan coté. Ce plan et le procès-verbal seront dressés par les parties, au besoin avec l'assistance d'un géomètre de leur choix et certifiés par elles.

» Le conservateur reportera sur le plan cadastral toute limite modifiée, telle qu'elle figurera au plan transmis par les parties, après s'être assuré qu'elle s'adapte fidèlement au plan cadastral. A cet effet, il aura le droit de se rendre sur le terrain.

» Le conservateur sera responsable envers les parties, dans les mêmes conditions de durée que celles du conservateur du livre foncier, des erreurs provenant de son fait ou de son défaut de vérification.

» Les dispositions du présent article ne seront pas applicables aux changements survenus à l'intérieur des îlots dans la consistance des parcelles. Les changements de l'espèce seront relevés et portés au plan cadastral, soit sur la demande des intéressés, soit d'office par l'Administration. »

Enfin, le titre V traite de la conservation des signaux géodésiques ou topographiques, des bornes-repères, et des repères de nivellement. Nul ne peut

s'opposer à leur installation (art. 34) et des pénalités sévères (art. 237 Code pénal) les mettent à l'abri de toute dégradation (art. 35) (1).

DEUXIÈME PARTIE

LE LIVRE FONCIER

I. — GÉNÉRALITÉS

9. Ce fut M. Boutin, directeur général des Contributions directes qui ouvrit également le débat à la sous-commission juridique, en exposant le dessein du Gouvernement (2). Après lui, dans un fort long discours, M. Worms se livra à l'exposé des idées générales engagées dans la question, s'attachant surtout à mettre en lumière la supériorité des livres fonciers sur les registres hypothécaires. M. Bufnoir ramena le débat à sa véritable formule : « L'état de choses actuel offre-t-il si peu de garanties que pour le réformer on doive le révolutionner et ne pas reculer devant les travaux considérables, énormes que né-

(1) Cf. fasc. II, p. 114 et suiv. — Voir à ce sujet la loi prussienne du 7 octobre 1865 pour la conservation d'un réseau trigonométrique dans les provinces de l'Est (étendue à toute la Prusse le 7 avril 1869) ; — la loi sur le bornage : 20 avril 1854 pour le Grand Duché de Bade ; — les lois sur l'impôt foncier des 15 août 1828 et 19 mai 1881 pour la Bavière ; — enfin l'art. 424 du nouveau Code pénal italien (30 juin 1889).

(2) 18 juin 1891.

cessitera la réfection du cadastre... Avons-nous une législation tellement défectueuse que nous ne puissions pas la modifier sans faire une véritable révolution ? » (1) L'Assemblée adopta, après une longue et confuse discussion, l'ordre proposé par M. Dain : 1° Réforme hypothécaire ; 2° Etablissement des livres fonciers ; 3° Délivrance d'un titre de propriété, à quoi s'ajouta, sur la proposition de M. Boullenger, la question du cadastre. Nous suivrons, quant à nous, un ordre un peu différent, qui nous semble plus logique, renvoyant à la fin la réforme hypothécaire, et commençant par l'étude de l'instrument nouveau de publicité, le livre foncier.

10. La dispersion des renseignements n'est pas un des moindres vices du système actuel ; or, le livre foncier, c'est « l'organisme juridique qui groupe autour d'un feuillet unique, réel ou personnel, tous les documents concernant soit une même propriété, soit un même propriétaire » (2). Il est vrai d'observer que nous avons aujourd'hui un feuillet personnel, et qu'autour de l'individu se groupent toutes les formalités hypothécaires : il n'y a donc de difficulté que pour le feuillet réel, dont M. Flour de Saint-Genis fit observer que nous avons déjà une ébauche dans l'état sur transcription (3).

(1) Voir fasc. I, p. 193 et suiv.

(2) P. V., fasc. II, p. 97 (M. Challamel).

(3) *L. c.*, p. 163.

Mais, on pouvait légitimement craindre que l'application d'une idée excellente n'entraînât une dépense par trop considérable. C'est ce qu'observa Bufnoir, en conseillant de se référer aux exemples étrangers : Hollande et surtout Alsace-Lorraine où on procède à une simple revision du cadastre au lieu d'une réfection complète. Mais M. Boutin lui répondit que « la revision est presque aussi coûteuse que la réfection et qu'elle ne donne pas généralement de résultats satisfaisants, que dans tous les cas elle est décourageante, et que, de plus en plus, en Alsace, on abandonne la revision pour faire la réfection intégrale ». — « Pour accomplir toute notre œuvre, appuyait M. Challamel, nous avons à établir l'identité des immeubles avec des bornages certains et des repères invariables ; nous avons à organiser leur état civil et à constituer leur crédit, en supprimant à l'égard des tiers tout ce qui rend la propriété incertaine entre les mains de celui qui la possède. Il faut aboutir à ceci : l'acquéreur de bonne foi qui traite avec une personne, que le livre foncier lui présente comme titulaire du droit de propriété, sera désormais à l'abri de toute revendication de quelque nature qu'elle soit. » La sous-commission décida que des expériences seraient tentées pour centraliser dans plusieurs bureaux d'hypothèque et d'enregistrement tous les éléments de nature à permettre l'établissement

(1) Fasc. II. p. 103-104.

d'un état civil et juridique de la propriété (proposition Degouy).

11. L'institution des livres fonciers n'était cependant pas unanimement admise ; M. Liotard-Vogt s'y opposa énergiquement : les justifications de propriété qu'exigerait leur établissement provoqueraient un bouleversement trop considérable : « Je suis convaincu que vous causeriez une agitation telle qu'il faudrait vous arrêter... Dans une vieille terre comme la France, avec la quantité incommensurable de propriétés, alors que les propriétaires ne vous demandent rien et jouissent tranquillement de leurs biens, ce serait la plus grande imprudence au point de vue politique, et une mesure véritablement désastreuse. » Jamais, en effet, observait de son côté M. Fabre, le système actuel n'a empêché de vendre ni d'acquérir, et il ne faut pas croire que le système des Livres Fonciers soit la perfection absolue (1). La publicité des charges foncières va froisser profondément les cultivateurs ; il ne sera pas possible, d'autre part, de

(1) M. Fabre apportait d'Allemagne et d'Alsace-Lorraine, pays de Livres Fonciers, deux opinions nettement contraires à cette institution pour la France :

« Notre système, déclare un juge prussien, ne peut s'appliquer chez vous : ici tout est sous la main d'un juge régional et les livres subissent très peu de changements parce que l'Allemand voyage, s'expatrie ; un seul enfant, l'aîné, prend tout le bien et fait retour en argent à ses frères et sœurs ; ici on ne connaîtra pas le partage, et on s'étonnerait qu'on le propose. »

De même pour l'Alsace-Lorraine. Voyez séance du 12 novembre 1891, fasc. II, p. 132.

faire un livre foncier réel par parcelles « parce qu'il y a 150 millions de parcelles, et que vous apercevrez l'impossibilité de multiplier et de loger les registres que l'application de ce système rend nécessaires. » Il faudra faire une liquidation générale, inquiéter 14 millions de propriétaires ; tout cela pour obvier à des inconvénients imaginaires, les erreurs actuelles étant très rares. Ce qu'il faut, c'est encourager l'effort individuel à une amélioration du cadastre ; c'est surtout faire une bonne réforme hypothécaire. « Nous avons un outil merveilleux et nous irions le détruire pour le remplacer par des choses qui nous viennent de l'étranger, de peuples qui n'ont ni nos mœurs, ni nos habitudes... Pourquoi épouvanter tant de millions de citoyens ? » (1)

12. La haute compétence que donnaient à M. Fabre ses trente-cinq ans de pratique notariale, pas plus que les solides raisons qu'il invoquait, ne pouvaient modifier la tendance générale de la Commission. Tour à tour MM. Neymarck, Vavasseur, Worms, etc... vinrent défendre le livre foncier. Au point de vue économique, on reprocha au système actuel d'être la cause de la disproportion entre le développement énorme de la fortune mobilière et le développement limité du crédit immobilier (2). Au

1) Cf. encore Séance du 19 novembre, *l. c.*, p. 159.

2) M. Neymarck, p. 123, *l. c.*

point de vue juridique, on demandait plus de sécurité dans la constitution de la propriété, plus de simplicité dans les recherches, « l'établissement d'un titre d'immatriculation délivré par un fonctionnaire, un extrait du livre foncier qui serait donné comme le directeur de la Dette inscrite donne un titre aux créanciers de l'État. » (M. Vavasseur.) A l'étranger, en effet, on avait suivi cette voie : la Prusse en 1872, la Tunisie, en 1885, ont admis des régimes de cette nature, dans lesquels la base de la publicité consiste dans l'immatriculation de la propriété, dans la révélation de toutes les charges, avec suppression de celles qui sont rebelles à toute publicité, et, enfin, dans un système de prénotation pour ceux qui veulent inscrire leur action en revendication au moment de l'insenter.

13. Le caractère commun de ces législations à livre foncier, c'est la force probante appliquée à différents degrés, exagérée, par exemple, dans certains pays comme la Saxe et la Suisse allemande, où elle produit un effet absolu, même entre parties.

A l'établissement d'un système analogue en France, même beaucoup moins rigoureux que le régime prussien, par exemple, il fallait la collaboration nécessaire du cadastre. Et encore que M. Vavasseur ait pu prétendre que le cadastre n'était pas une base indispensable à l'établissement de la publicité, il semble difficile d'échapper aux trois obligations que M. Worms mit à ce sujet fort bien en lumière : utilisa-

tion du cadastre, puisque le livre foncier comporte la détermination physique des immeubles, forme réelle de la publicité, principe de la force probante.

Ce dernier principe semblait celui qui dût soulever le plus d'objections : il implique, en effet, une vérification compliquée et coûteuse, qui ne saurait être possible, disait M. Degouy, qu'après des réformes sérieuses en matière de tarifs. M. Fravaton faisait également des réserves (1), et M. Huillier demandait l'ajournement de la discussion, qui fut rejeté. La sous-commission s'arrêta au vœu de MM. Neymarck et Challamel : « Sous réserve de la solution des questions techniques et fiscales... la sous-commission juridique est d'avis qu'il y a lieu d'établir les livres fonciers. »

14. De ces livres fonciers, il importe maintenant de tenter une définition : la chose n'alla pas sans difficultés à la sous-commission.

M. Challamel les définit ainsi : « Tout organisme qui groupe autour d'un feuillet unique les documents

(1) Voyez annexé au procès-verbal de la séance du 12 novembre 1891 un jugement du Comité judiciaire du Conseil privé (Australie) : affaire Gibbs-Messer, qui prouve que la force probante de l'Act Torrens ne garantit point toujours les tiers : une propriété est inscrite, par le fondé de pouvoirs malhonnête du vrai propriétaire, sous le nom d'un personnage qui n'a jamais existé. Le fondé de pouvoirs emprunte au nom de ce « mythe » 75.000 fr., et disparaît. Le propriétaire revient, et fait annuler l'inscription de propriété qui ne répond à aucune réalité. Mais alors le prêteur de bonne foi réclame ses 75.000 fr., on le déboute. Que devient la force probante ?

V. fasc. II, p. 145 à 148.

juridiques concernant une propriété ou même une série de propriétés appartenant à la même personne dans une circonscription déterminée » (1). Même formule pour M. Bufnoir. Et M. Vavasseur : « La définition du livre foncier se donne elle-même : le livre foncier c'est l'immatriculation sur un livre public tenu par un fonctionnaire, soit des propriétés, soit des noms des propriétaires avec la mention des charges qui grèvent les immeubles avec un débit et un crédit. Il n'y a pas d'autre définition à donner du livre foncier. »

La formule de M. Vavasseur indique nettement les deux orientations possibles du livre foncier : réelle ou personnelle. S'il est vrai que le livre foncier soit un instrument de centralisation des renseignements autour d'un nom ou d'un numéro, il faut savoir si ce nom sera celui du propriétaire ou de la propriété ; si c'est la personne ou le bien qui sera le pivot de la publicité. Question capitale entre toutes.

L'opinion dominante était indiscutable : « Nous demandons qu'on individualise la propriété ; il faut avant de savoir à quoi se rapportera l'hypothèque et comment la propriété se transmet, individualiser la propriété, lui faire un état civil, dire qui elle est. » (2) Pourquoi dès lors hésiter et ne pas donner hardiment aux registres l'orientation réelle, au lieu de l'orien-

(1) P. V., II, p. 154.

(2) M. Faye, *l. c.*, p. 162.

tation personnelle, puisque c'est la propriété même qu'on veut individualiser ? M. Boutin demandait l'orientation réelle. M. Boudenoot répondait : Il faut les deux. M. Marquès di Braga se disait convaincu qu'il n'y a pas de livre foncier « si l'on ne donne pas à la propriété une base graphique résultant d'un travail technique réalisé par les procédés scientifiques. » Nous sommes bien loin de cette situation.

Mais la possibilité d'organiser le livre foncier avec le cadastre actuel pour fondement était fort discutable. Pour M. Bufnoir, le livre foncier serait bien destiné, abstraction faite de la force probante, à fournir l'état civil de l'immeuble, à remplacer avantageusement les divers registres en usage, en donnant comme point de départ la constitution de l'individualité de l'immeuble ; ce qui était poser implicitement le principe du feuillet réel. Mais Bufnoir apportait aussitôt deux restrictions à sa thèse : d'une part, la conviction où il était de l'impossibilité de faire de la parcelle cadastrale la base du registre foncier ; d'autre part, l'opinion qu'on devait organiser un système qui ne fût exclusivement ni celui du feuillet réel, ni celui du feuillet personnel, mais qui comprendrait les deux, suivant le cas, comme cela se produit en Prusse depuis 1872.

Le système du feuillet réel fut défendu vigoureusement par M. Boutin, qui indiqua de façon générale les résultats des travaux de la Commission technique, et définit l'unité foncière. « Nous comptons, comme autant de propriétés, toutes parcelles isolées

ou tous groupes de parcelles contiguës, appartenant à un même propriétaire dans la même commune (1) » ; puis, entrant dans des détails pratiques, il montra la possibilité d'ouvrir au livre foncier des comptes de feuillets réels aux 61.546.440 propriétés que constatait la sous-commission technique. Ces 61 millions correspondraient, en comptant 4 pages par propriété, à 246 millions de pages ; et, à 500 pages par volume, on aurait un total de 492 volumes. Il affirmait donc, avec sa très haute compétence, qu'on pourrait facilement loger dans chaque bureau d'enregistrement les livres fonciers les concernant.

Il convient de signaler, au cours de cette discussion générale, la tendance préconisée par M. le sénateur Dauphin, demandant l'endossement des titres hypothécaires : « Je veux la négociation du livre foncier, comme celle du billet à ordre avec garantie hypothécaire. » C'était vouloir, en somme, la plus grande mobilisation possible du sol. Sur ce système, Bufnoir fit des réserves, il distinguait avec très juste raison le crédit mobilier et le crédit foncier, comme ayant des nécessités différentes : « Je suis absolument d'accord avec vous qu'en maintenant les garanties nécessaires à la propriété, il faut diminuer les frais de procédure, les lenteurs, les difficultés de la saisie immobilière ; mais vous ne ferez pas, avec tous vos efforts, que le prêteur puisse, à défaut de paie-

(1) *L. c.*, p. 183.

ment, aller à la Bourse, avec le certificat de propriété que vous imaginez, pour vendre une parcelle de terre. Il y a là des différences que les faits imposent et contre lesquels nous ne pouvons pas lutter... la propriété immobilière est une chose, les valeurs immobilières en sont une autre. »

15. Au début de la séance du 26 novembre 1891, M. Flour de Saint-Genis avait apporté à la sous-commission une communication fort intéressante sur la situation foncière à laquelle il fallait remédier. Il s'agit surtout, fit-il remarquer, de propriétés obérées : « l'hypothèque, instrument de crédit pour le propriétaire, n'est que la première étape de la saisie et de la ruine pour le propriétaire foncier qui ne possède pas de capitaux. » Il fournissait des chiffres à l'appui, insistait sur la nécessité de dégrever la propriété foncière et formulait un certain nombre de desiderata, dont certains très larges : ainsi, « permettre au citoyen d'avoir sa maison, son foyer, et au père de famille de l'agrandir au fur et à mesure du développement de ses besoins. On n'obtiendra ce résultat, nous le répétons, qu'en assurant au petit propriétaire foncier la sécurité de son titre de propriété, et l'utilisation à bon marché du crédit que représente le gage fourni par ce titre. » Il concluait sa remarquable étude, en souhaitant l'organisation d'un système de publicité réelle, parallèle à la publicité personnelle et une réduction des frais de toutes sortes.

16. Cette discussion générale close, il fallait décider l'ordre dans lequel on mènerait cette étude ; la sous-commission adopta, à ce sujet, les propositions de M. Bufnoir, et fixa ainsi son ordre du jour :

1° Dans quelle forme les livres fonciers devront-ils être établis ?

2° Quelles sont les mentions qui figureront dans les livres fonciers ?

3° Justifications à faire pour obtenir les inscriptions et les radiations ?

4° Qui tiendra les livres fonciers ?

5° Responsabilité des personnes chargées de la tenue des livres fonciers.

6° Autorité à accorder aux livres fonciers.

Nous suivrons nous-mêmes ce programme, encore que, du reste, la sous-commission ne l'ait pas fidèlement respecté et ait mêlé à cette discussion bien d'autres questions importantes ; mais en suivant la division précédente, nous grouperons en un tableau d'ensemble les nombreux éléments de cette étude, qui s'échelonne au cours des longues discussions qui se tinrent pendant près de deux ans, du mois de novembre 1891 jusqu'au mois de juillet 1893.

II. — FORME DES LIVRES FONCIERS

17. De façon générale, on semblait d'accord pour demander une publicité réelle, sauf à organiser parallèlement une publicité personnelle dans des limites à déterminer. On reconnaissait, du reste, l'accli-

matation de la publicité personnelle chez nous. Déjà, en 1881, un des membres les plus importants de la Commission actuelle avait écrit : « Dans les pays de race latine, c'est autour de l'homme que viennent se grouper tous les accidents de la vie sociale et de la vie civile, le droit de propriété et les différentes manifestations de la fortune n'y étant que les accessoires de l'initiative et de la volonté de l'individu.

» Chez les pays de souche germanique où les traditions du régime féodal se sont maintenues, c'est l'inverse. Le sol est tout, l'homme est l'accident. » (1)

18. Le principe de la publicité réelle admis, le point le plus important à dégager, c'était la détermination de ce qui devait être la base de la publicité réelle. Quelle sera l'unité foncière qui deviendra le centre des indications apportées au registre ? C'était bien là, en effet, la question fondamentale du débat.

Déjà, Bufnoir avait indiqué, lors de la discussion générale, qu'à ses yeux, l'unité foncière devait être le domaine, l'unité d'exploitation, ordinairement désigné d'un nom déterminé, connue dans le pays et répondant à des limites bien précises. Il développa sa thèse en détail le 10 novembre 1892. Il n'y avait pas lieu, pour lui, de chercher dans l'unité cadastrale l'unité du livre foncier ; celui-ci devait s'appuyer sur

(1) Flour de Saint-Génis, *L'hypothèque judiciaire en France et à l'Etranger*, p. 33.

le cadastre, mais non pas en être la reproduction absolue parcelle par parcelle. En admettant, comme possible, ainsi que l'avait affirmé M. Boutin, l'établissement d'un compte ouvert au livre foncier à chaque parcelle cadastrale, il faudra, dans cette hypothèse, faire des inscriptions sur 400.050 feuillets à la fois ; car, quel est le prêt qui ne portera pas au moins sur 40 ou 50 parcelles cadastrales. C'est exagérer par trop la spécialité. De plus, la division cadastrale ne répond à rien au point de vue économique, alors que l'unité souhaitée par Bufnoir était l'unité économique même. Rien de plus facile, si des modifications survenaient dans un îlot de propriété, de porter cette modification au feuillet foncier, ou suivant les cas, de clore ce feuillet pour en ouvrir d'autres. Il n'y aurait à tenir compte en tant que divisions ni des clôtures existant à l'intérieur de cette unité foncière, ni des séparations artificielles créées par les chemins vicinaux : « Il y a lieu de considérer comme formant une individualité foncière, une unité foncière au point de vue du livre foncier, tout ensemble de propriétés réunissant les parcelles contiguës appartenant au même propriétaire, particulièrement lorsque cet ensemble de propriétés porte un nom déterminé » (1). Même si l'exploitation avait lieu sur deux communes différentes, il ne faudrait pas la diviser au livre foncier ; il faut respecter « l'ensemble

(1) P.-V., II, p. 358.

cultural », et ne point désorganiser au livre foncier la propriété organisée dans la réalité. Même, s'il n'y avait pas contiguïté, il y aurait cependant lieu de considérer une exploitation, un ensemble de terres, désignées par un nom unique, groupées autour d'une habitation, comme une individualité foncière ayant une unité suffisante. Enfin Bufnoir demandait que le système du feuillet réel ne fût point exclusif et que la publicité personnelle continuât à subsister parallèlement.

19. Ce système fut rigoureusement attaqué au sein de la Commission : système hybride dans lequel « on se demande si le livre foncier sera réel ou personnel, s'il sera tenu par propriété ou par propriétaire ». MM. Marquès di Braga Sanguet, Bonjean, demandaient que le livre foncier fût tenu par parcelles modestes, et qu'il n'y ait pas de dualité de système : « Quand vous aurez constitué un feuillet, qui contiendra, non pas une parcelle individuelle, mais une collectivité de parcelles, toutes les fois que vous aurez à vendre ou à échanger une de ces parcelles, il faudra raturer ce feuillet, en ouvrir d'autres, et vous vous trouverez dans des difficultés inextricables. Il faut que les parcelles soient dans la main du propriétaire *comme un jeu de cartes*, pour avoir une mobilité qui permette au propriétaire foncier de faire utilement tout ce qu'il considérera comme utile pour l'avenir de sa propriété. Vous avez une propriété foncière, voilà un gros titre ; vous la morcelez en flots,

chaque fraction devient une coupure de titre sur laquelle on peut emprunter ». Pas de conservation cadastrale possible « si vous n'avez pas cette individualité de la parcelle qui permettra d'avoir une sorte de fichier des parcelles foncières, où toutes mutations pourraient facilement s'accomplir. » (Bonjean.)

De même, M. Liotard-Vogt voulait que la désignation de l'immeuble réponde à une individualité bien définie : « la parcelle est la base » (1). « A mon avis, déclarait le conseiller Faye, il faut nous rattacher à l'unité fixe autant que possible, le domaine est une unité variable, la personne une unité changeante, vous n'avez qu'une unité qui persistera, c'est l'unité parcellaire » (2). De même, M. Degouy (3).

20. Le Comité d'enquête, émanant de la sous-commission technique, avait déjà défini l'unité qui devait servir de base au livre foncier. Cette unité correspondait à toute étendue de terre contenant une ou plusieurs parcelles contiguës, appartenant au même propriétaire et située dans la même commune. *C'est l'ilot de propriété* que M. Delombre rappela à la séance du 3 décembre 1891 (4). Déjà, M. Worms, Boutin, Marquès di Braga, Flour de Saint-Génis, l'avaient indiqué. La théorie de la parcelle cadas-

(1) *L. c.*, p. 202. Cf. aussi p. 245.

(2) *L. c.*, p. 203.

(3) *L. c.*, p. 243.

(4) *L. c.*, p. 241.

trale ne semblait pas devoir triompher. M. Challamel lui porta le dernier coup en observant que « l'adoption de la parcelle cadastrale entraînerait la création immédiate de 150 millions de feuillets fonciers, ce qui est manifestement impraticable ». A ses yeux, *l'îlot* ou pour mieux dire *l'héritage*, devait constituer l'unité foncière ; un numérotage spécial distinguerait cette division de celle des parcelles cadastrales ; ainsi pour un îlot de 10 parcelles qui porte sur le plan cadastral les numéros de 227 à 236, j'écris à l'encre rouge un numéro unique, n° 27, par exemple. Les 10 parcelles réunies formeront donc, au point de vue juridique, l'héritage n° 27 ». De même encore, M. Léon Michel, écartant à la fois l'unité fiscale (Bonjean, Liotard-Vogt, Degouy), et l'unité économique (Bufnoir), pour s'en tenir à l'unité juridique faite d'un groupe de parcelles contiguës, appartenant au même propriétaire.

21. A l'intérieur de cet héritage, les clôtures, les divisions résultant des chemins importeront peu. Ce point fit quelques difficultés ; certains, en effet, attachaient aux chemins une grande importance. Grâce à leur caractère invariable, les voies publiques peuvent être un excellent moyen d'individualiser la parcelle : « Ce sur quoi j'insiste particulièrement, disait M. Marquès di Braga, c'est sur l'existence des voies publiques... je crois que dans la détermination, dans la spécification, dans l'identification de chaque parcelle de terre... les voies publiques qui couvrent, à

l'heure qu'il est, d'un admirable réseau la France entière, doivent jouer un bien plus grand rôle que dans les cadastres du commencement du siècle. Telle parcelle perdue dans des plaines très considérables, si on la repère par rapport à des chemins vicinaux, à des voies navigables, prend alors une position invariable ; car on doit considérer ces lignes comme fixes à la surface du sol, et nous arrivons ainsi à l'identification de la parcelle » (1).

22. Quant à la question de savoir s'il convenait d'organiser en même temps la publicité réelle et personnelle, MM. Sanguet, Liotard-Vogt, Boudenoot, Bufnoir, demandaient que le feuillet réel et le feuillet personnel soient juxtaposés. Mais ce fut M. Revoil qui soutint le plus énergiquement cette idée à la séance du 10 décembre. Il demanda qu'on établît le feuillet du propriétaire et le feuillet de la parcelle, et que l'on utilisât les données déjà existantes sans attendre la réfection quelque peu hypothétique du cadastre : « Si l'établissement du livre foncier comporte la réfection préalable du cadastre, cela équivaut à dire qu'il n'aura jamais de livre foncier. » Intervenant dans le débat, M. Flour de Saint-Genis en prit occasion pour demander avec beaucoup de sens que l'on ne subît pas de façon trop radicale la superstition des législations étrangères. On peut et on doit utiliser le cadastre

(1) *L. c.*, p. 240. Voir aussi M. Sanguet, p. 244.

actuel ; mais il ne faut pas se laisser aller à une admiration excessive pour l'Act Torrens « dont le prestige s'évanouit à mesure qu'on examine son fonctionnement avec plus d'attention », pas plus d'ailleurs que pour les législations prussienne, tunisienne ou calédonienne. A l'individualisation de la propriété, le cadastre actuel peut très bien suffire : « le cadastre est un élément accessoire, mais indispensable des livres fonciers..., mais vouloir substituer un extrait du plan aux titres de propriété, c'est comme si l'on prétendait que la photographie de l'individu suffit à constater son état civil, sa valeur morale, son crédit commercial... nous pourrions par l'organisation immédiate des répertoires fonciers donner une première satisfaction à l'opinion publique, puisque ces répertoires peuvent être organisés en utilisant le cadastre tel qu'il est. C'est une première étape... si l'on veut attribuer dans l'avenir au droit de propriété une autre assiette et d'autres règles, il faut en attendant séparer la réforme hypothécaire dont tous les rouages sont prêts, de la question des livres fonciers à force probante, dont la base future, le cadastre, est encore à créer (1). »

M. Flour de Saint-Genis ne séparait pas plus que ceux que nous avons cités, le feuillet personnel du feuillet réel : « ce qu'il faut organiser à côté du répertoire par individu, c'est le répertoire par immeu-

(1) *L. c.*, p. 220 à 229.

ble, cet équivalent du feuillet réel dont on parle toujours comme s'il s'agissait d'une nouveauté..., en nous dégageant d'une terminologie qui crée tous nos embarras en créant des nuances sur l'interprétation desquelles on diffère, en disant tout simplement : le livre foncier ne sera point tenu par propriété *ou* par propriétaire, mais par propriété *et* par propriétaire. »

Il est hors de doute qu'une double publicité, l'une se référant aux immeubles, l'autre aux individus, donnera de meilleurs résultats qu'une seule, si complexe qu'on la suppose. En pareille matière, la simplicité est une condition absolue. Si ces deux publicités co-existantes et parallèles se relient l'une à l'autre par d'incessantes références, il sera difficile d'exiger un procédé plus exempt d'incertitude.

23. Au moment de passer au vote, on constata qu'on ne s'était point entendu sur cette juxtaposition du feuillet réel et du feuillet personnel ; les uns comme Révoil et Bufnoir, voulant qu'un feuillet personnel proprement dit fût adjoint au feuillet réel ; les autres, tels que MM. Dauphin et Challamel, ne voulant entendre parler que de simple répertoire pour faciliter les recherches. Une formule de conciliation de M. Massigli fut rejetée ; et la sous-commission adopta sans restriction le principe du feuillet réel.

Sur les deux propositions qui lui étaient soumises, la sous-commission se rallia à celle de M. Neymarck. Cette proposition était ainsi conçue : Il

sera établi pour chaque commune un livre foncier par feuillet réel, c'est-à-dire par unité foncière.

L'unité foncière est constituée par toute étendue de terre, contenant une ou plusieurs parcelles contiguës appartenant au même propriétaire et situées dans la même commune.

A la séance du 24 décembre, le reste de la proposition fut voté ; il s'agissait de savoir l'influence qu'aurait en pareille matière l'existence de chemins ou de cours d'eau publics. Il fut décidé, après des discussions que provoqua M. Bufnoir, qu'il y avait lieu d'ajouter le paragraphe complémentaire suivant : « Ne sont pas considérées comme contiguës les parcelles qui sont séparées par des chemins ou des cours d'eau publics. » Sans discussion on admit, qu'à la demande du propriétaire, plusieurs unités foncières pourraient être réunies dans un même feuillet, et qu'inversement, l'unité foncière pourrait toujours être divisée, chacune des divisions ayant son feuillet spécial.

III. — MENTIONS QUI DOIVENT FIGURER AU LIVRE FONCIER.

24. L'unité foncière ainsi dégagée, voyons quelles seront les indications à porter à cette référence ? Elles doivent nécessairement tendre à donner aux tiers tous les renseignements utiles ; ces renseignements peuvent être de deux sortes : les uns servant à la délimitation purement physique de l'immeuble envi-

sagé ; les autres à sa détermination juridique. Ce double point de vue nous impose une première division.

C'était plutôt le rôle de la Commission technique, de fixer la détermination physique de l'immeuble : la sous-commission juridique n'aurait eu, dès lors, qu'à admettre le principe que la première partie du feuillet réel contiendrait cette détermination.

Elle entra, cependant, et avec raison, dans plus de détails. M. Boutin proposa une organisation fort rationnelle. A ses yeux, l'état de section devait être l'embryon du livre foncier. La *lettre de section* sera donc le premier élément de la détermination physique, élément bien facile à établir, le territoire étant divisé en sections, chacune correspondant à une lettre. Le *numéro de l'ilot* sera le second élément : il ne répondra pas, nous l'avons vu, au numérotage parcellaire, le livre foncier n'étant pas tenu par parcelles : il y aura donc à l'avenir un numérotage particulier à introduire dans les feuilles du plan cadastral (numérotage rouge). En troisième lieu, le livre foncier indiquerait la *contenance* exacte de la propriété, basée sur le cadastre ; et en quatrième lieu, le *genre de culture*. Enfin, M. Boutin signalait la possibilité d'un *plan*, d'un croquis, figurant en face des indications précédentes, « procédé qui aurait des avantages, mais qui ne s'impose pas » (1).

(1) L. c., fasc. p. 336.

Tout cela n'était possible qu'avec une réfection sérieuse et complète du cadastre : « Les documents du cadastre sont dans un état trop défectueux pour se prêter par leurs indications actuelles à la détermination physique de la propriété ». — « Le cadastre, avait déjà dit M. H. Neumann, fournit le squelette, le livre foncier le corps vivant. » (1)

Des modifications de détail furent proposées relativement aux indications fournies par M. Boutin. M. Fravaton demandait l'indication des lieux-dits, M. Lallemant mettait au premier rang, comme importance, le plan cadastral négligé un peu par M. Boutin. Mais la discussion la plus importante eut lieu entre M. Marquès di Braga et M. Bufnoir.

Le premier demanda des changements pratiques au programme de M. Boutin : il désirait qu'on ne divisât pas un îlot à cheval sur deux sections, comme on le ferait d'un îlot à cheval sur deux communes ; qu'on supprimât la contenance aussi bien que l'indication des lieux-dits (2), aussi bien que le numéro des parcelles du cadastre. Ce fut ce dernier point que critiqua Bufnoir qui jugeait l'indication des parcelles absolument indispensable : elle permettrait d'opérer, sans bouleversements du feuillet foncier la distraction de certaines parcelles rattachées à une autre unité foncière ou de grever certaines parcelles en

(1) Rapport sur le cadastre en Alsace-Lorraine (II, p. 337).

(2) *L. cit.*, p. 340, p. 345.

dehors des autres (1). C'était là, en réalité, en revenir au feuillet personnel. M. Marquès di Braga en fit l'observation : « M. Bufnoir dit : L'avantage d'avoir des parcelles c'est, lorsqu'il y aura un démembrement de propriété, lorsqu'une parcelle passera de l'un à l'autre, en bâtonnant, en additionnant ou en soustrayant, vous n'aurez pas touché à votre folio.

Je prends ici M. Bufnoir en flagrant délit de folio personnel... » Et M. Marquès di Braga concluait que chaque mutation dans la consistance d'un îlot foncier produit un tel changement dans la personnalité juridique de cet îlot foncier, qu'un nouveau folio doit apparaître. Suivant une expression énergique que nous retrouverons, une seule mutation devait entraîner la mort du feuillet foncier.

Restait à conclure. On s'arrêta à un texte qui donnait satisfaction à M. Bufnoir, à M. Boutin et à M. Challamel. La première partie du livre foncier devait comprendre la détermination physique de l'immeuble, d'après le plan cadastral, avec l'indication du numéro matricule de l'unité foncière et des lettres de section. M. Fravaton avait proposé le numérotage par communes qui ne fut point admis. On renvoya à plus tard la question la plus délicate : celle de l'indication des mutations diverses, et de leur influence sur le livre foncier (2).

25. Plus importante était, pour la sous-commis-

(1) P. 348 et suiv.

(2) *Vide infra*, même chapitre, 3^e et 4^e parties.

sion, la détermination juridique de l'immeuble enregistré au livre foncier : « Etant admis qu'il suffit d'indications cadastrales incomplètes, même partiellement inexactes, pour établir cependant suffisamment l'identité d'une propriété, puisque cela se passe ainsi, avec notre législation actuelle, depuis un siècle, on comprend aisément avec quelle précision, au contraire, il faut constituer le dossier juridique de cette propriété, de cet héritage, de cette unité foncière, puisqu'il s'agit ici non plus d'une désignation par à peu près, d'une photographie plus ou moins ressemblante, à une échelle plus ou moins grande, mais de l'attestation authentique du droit de propriété d'un individu sur cette propriété » (1).

Deux classifications de ces renseignements furent proposées : l'une par M. Challamel qui les répartissait ainsi : 1° propriété (identité et capacité du propriétaire) ; 2° charges et restrictions ; 3° privilèges et hypothèques ; — l'autre par M. Faye, ainsi conçue ; 1° fixations de l'unité foncière à l'égard des autres unités foncières l'environnant ; 2° noms des propriétaires, mutations, droits réels affectant l'immeuble ; 3° privilèges et hypothèques. Il y avait là, en somme, comme le remarqua Bufnoir, des indications qui, tout en gardant un caractère purement juridique, étaient le complément nécessaire de la détermination physique : ainsi des confronts, des mitoyennetés, des

(1) Flour de Saint-Genis, II, p. 395.

servitudes. C'est ce que M. Faye appelait très justement la détermination physico-juridique de l'immeuble.

Cette détermination physico-juridique provoqua assez de confusion : des opinions diverses se heurtèrent à propos des confronts, des rapports à établir entre la détermination juridique et la détermination géométrique de la propriété, le bornage, la fixité à souhaiter pour les limites, l'éventualité d'un antagonisme entre les lignes du plan cadastral, et les énonciations des procès-verbaux de délimitation..., etc. Nous ne voulons pas entrer dans les détails de ces débats, de peur de trop compliquer cette analyse. Quelques indications nettes suffiront, et M. Challa-mel apporta à les fournir beaucoup de précision. La délimitation devait se faire en même temps que la revision du cadastre ; et par là, on réglait la question des confronts, et on prévenait la dualité redoutée entre les lignes du plan et les énonciations des procès-verbaux. Quant aux mitoyennetés et aux servitudes, on ne pouvait qu'admettre leur inscription sous réserve de la force probante à leur attribuer.

Il y avait à craindre, et M. Sanguet en fit l'observation, que la vérification géométrique imposée au conservateur fût assez difficile : au lieu donc de cette référence purement graphique, mieux valait une description littérale des limites, se référant aux résultats du cadastre. La Commission entra dans cette voie, et remplaça les mots « d'après le plan cadastral » par « d'après le cadastre mis à jour » qui n'im-

pliquaient pas la même obligation de vérification géométrique.

Quant aux mitoyennetés et servitudes, MM. Drumel et Massigli demandaient que l'on ne soumit point les servitudes passives à la publicité : combattue par MM. Faye, Worms, Flour de Saint-Genis, la proposition fut rejetée. Toutes les servitudes seraient donc inscrites.

Enfin, il y avait lieu de se demander si on indiquerait la nature de la propriété, si elle était bâtie ou non bâtie. La Commission avait décidé que l'indication était inutile. MM. Flour de Saint-Genis et Bufnoir reprirent la proposition, que combattit M. Lallemand, et qui fut encore rejetée ; mais on adopta une adjonction de M. Faye, qu'appuya M. Challamel, ordonnant l'indication « des constructions qui se trouvent sur l'immeuble ». Par là, la nature de la propriété était indiquée.

26. Restait la détermination proprement juridique : la première des indications s'y rattachant sera naturellement le nom du propriétaire avec l'indication de son titre de propriété. Ainsi *Durand (Joseph), demeurant à Versailles, 30, rue de l'Orangerie, contrat de vente passé le 1^{er} juillet 1900, devant M^e un tel, notaire à Paris.*

Le fait de la propriété ainsi constaté, il fallait indiquer les restrictions et les charges qui pouvaient grever cette propriété. La sous-commission s'en tint, à ce point de vue, à une formule extrêmement géné-

rale, demandant que le livre foncier indiquât « les restrictions, démembrements et charges qui grèvent l'immeuble. » Nous verrons, dans la deuxième partie de ce chapitre, avec tous les détails que la question comporte, comment est organisée cette publicité.

Toutefois, deux catégories d'indications se rattachent trop intimément au fond même du Livre Foncier, pour qu'il ne faille pas les indiquer ici ; nous retrouverons, du reste, plus tard la seconde : 1° Que faut-il faire, d'une part, en ce qui touche les mutations partielles ? *Quid* des incapacités juridiques qui frappent le propriétaire ?

27. Avec beaucoup de sens, la sous-commission estima qu'on ne pouvait remettre cette question des mutations partielles, et considérer, comme le voulaient MM. Marquès di Braga et Faye, la parcelle comme invariable. La question touche, en effet, au fond même de l'institution.

La difficulté essentielle peut se formuler ainsi : Une mutation partielle doit-elle nécessairement entraîner la mort de la parcelle, ou, plus explicitement, faut-il décider que tout changement dans la constitution physique de l'unité foncière entraîne nécessairement la clôture du feuillet qui lui est ouvert et l'ouverture d'un ou plusieurs feuillets nouveaux ? Au contraire, faut-il distinguer et se contenter suivant les cas d'une simple distraction de la parcelle objet de la mutation ?

Une première opinion absolue veut que toute mutation entraîne l'ouverture d'un feuillet nouveau et la

clôture du feuillet ancien (Marquès di Braga, Bonjean). Comment, en effet, faire des distinctions ? A quel degré « d'amputation », selon le mot de Marquès di Braga, faudra-t-il créer un nouveau feuillet réel ? Ce serait jeter les conservateurs dans les difficultés inextricables. Toutes les modifications partielles s'enchevêtreraient et il viendrait un moment où le conservateur du Livre Foncier reculerait lui-même d'horreur à l'aspect du livre qu'il tiendrait. Pour M. Flour de Saint-Genis, il convenait de créer un feuillet nouveau pour le cas de démembrement de la parcelle, mais de maintenir l'ancien feuillet lorsqu'il s'agit au contraire d'une adjonction.

L'opinion la plus répandue était plus modérée, et admettait le maintien de l'unité foncière au cas de mutation partielle, sauf à examiner les différents cas : ainsi, M. Révoil, M. Bufnoir, M. Fravaton ; ce dernier laissait le conservateur et le propriétaire juges de l'opportunité de la solution. Adopter la proposition Marquès di Braga, disait de son côté M. Challengel, c'est vouloir amener la création de 400, 500, 600 millions de feuillets : « vous y verrez un feuillet foncier par motte de terre ». La proposition Fravaton l'emporta. M. Lallemand supprimait la difficulté en demandant d'admettre que le propriétaire ne pût aliéner ni hypothéquer une surface moindre à celle de son îlot, sauf à délimiter, lui-même, à nouveau la parcelle, et à faire reporter cette délimitation au plan cadastral. Cette proposition ne fut point appuyée ; c'était porter atteinte au droit de propriété, ou bien

pour un fait économique transitoire, modifier l'unité foncière (1).

28. La question de l'inscription des incapacités sur laquelle nous reviendrons en détail, fit l'objet d'un rapport de M. Massigli qui, au nom de la majorité du Comité de rédaction et d'étude, renvoyait la question aux pouvoirs publics et déclarait que la sous-commission, mal qualifiée pour accomplir cette œuvre, ne devait pas conclure à la publicité nécessaire des incapacités, mais en exiger seulement la mention à titre de renseignement.

M. Challamel, au nom de la minorité du Comité, attaqua ces conclusions. On ne pouvait, d'après lui, obliger les tiers à se renseigner eux-mêmes sur ces points, à remonter à 50 ans en arrière, pour être bien sûrs qu'il n'y a pas eu de mutations consenties par un incapable. Sans doute, comme l'indiquait le rapport, on crée un droit différent pour les transactions mobilières et immobilières ; mais cette distinction est toute naturelle, les nécessités du crédit l'exigent et la différence qui existe actuellement, entre les meubles et les immeubles, est plus considérable que celle qui séparait à Rome les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*.

Cette théorie fut combattue par MM. Drumel, Flour de Saint-Genis, Léon Michel ; on ne pouvait, d'après

(1) P.-V., f. II, p. 415 à 465, *passim*.

ceux-ci, échapper à ce dilemme : ou donner aux mentions d'incapacité la valeur d'un simple renseignement, ce qui enlève toute garantie aux tiers ; ou leur donner la force probante, de telle sorte que, si l'incapacité n'est pas révélée, on n'en tiendra aucun compte, ce qui revient à supprimer l'incapacité, conséquence considérée par eux comme inadmissible. De son côté, M. Bufnoir proposait une solution intermédiaire : si je traite avec un incapable, c'est à moi de me renseigner ; la loi de 1850 m'y aide et le défaut de mention ne saurait me profiter. Au contraire, si je traite avec un tiers dont le titre antérieur est vicié par quelque incapacité, j'ai pu me fier au Livre Foncier, cette incapacité non inscrite ne saurait m'être opposée.

Au contraire, M. Bonjean appuya la thèse de M. Challamel : « Nous ne réaliserons une réforme utile et pratique, tant au point de vue de la stabilité de la propriété foncière qu'à celui de la sécurité des transmissions, que si le feuillet réel constitue l'état civil de la propriété foncière et renferme, par conséquent, non seulement sa détermination physique, mais sa définition juridique... J'estime, en conséquence, qu'il doit reproduire d'une façon précise toutes les incapacités du propriétaire de la parcelle ». Cette opinion l'emporta. Mais la sous-commission refusa de se prononcer sur la question capitale : la force probante de ces inscriptions. Elle se bornait à décider que, sous réserve de force probante qu'on pourrait y attacher, les Livres Fonciers contiendraient des énonciations relatives à la capacité des personnes.

VI. AUTORITÉ DES LIVRES FONCIERS. — THÉORIE DE LA FORCE
PROBANTE

(N° 6 des questions de M. Bufnoir)

29. Le Livre Foncier doit donc présenter deux parties : l'une correspondant à la détermination physique, l'autre à la détermination juridique. Dans cette seconde partie seront portées différentes indications dont l'étude détaillée fera l'objet des deux dernières parties de ce chapitre (publicité des droits réels, autres que les privilèges et les hypothèques, régime hypothécaire). Il importe maintenant de savoir quel sera l'effet de la publicité ainsi organisée, quelles seront les conséquences du fait qu'une des mentions aura été inscrite ou, au contraire, omise.

Cette question complexe se présente sous trois aspects, suivant que l'on considère les rapports de l'acquéreur et de son auteur (rapports des parties entre elles) ; les rapports de l'acquéreur et des tiers ; ou, enfin, les rapports du propriétaire véritable avec un acquéreur qui, sur la foi du Livre Foncier, a traité avec une personne indûment inscrite sur ce livre (soit que l'inscription ait été obtenue par l'héritier apparent, soit qu'elle l'ait été sur la production de pièces fausses, etc.)

30. Le Comité de rédaction et d'étude ainsi que la Commission s'en tinrent sur le premier point au

principe du Code civil : entre les parties, la convention produit tous ses effets en dehors de l'inscription : « l'acquéreur, malgré l'inscription prise, reste exposé à toute action en nullité ou en résolution ». Certains membres demandèrent qu'il fût bien précisé que les tiers étaient absolument en dehors et qu'il ne s'agissait uniquement que des actions en nullité intentées par l'auteur contre l'acquéreur. On adopta donc cette rédaction plus précise que « l'auteur ne peut se prévaloir à l'encontre de l'acquéreur du défaut d'inscription ; l'acquéreur, malgré l'inscription prise, reste exposé à toute action en nullité ou en résolution. »

31. La question des rapports de l'acquéreur et des tiers souleva plus de difficultés ; le texte soumis à la sous-commission portait : « L'inscription met l'acquéreur à l'abri de toute action fondée sur un droit non inscrit ou intentée en raison d'une clause d'un contrat non inscrit.

C'était là le principe dont la disposition de l'avant-projet sur la publicité des droits réels contenait le développement (1).

Ce principe une fois posé, était-il possible d'y plier tous les droits, toutes les causes de résolution ? le Comité d'étude ne le pensait pas, et M. Massigli, dans son remarquable rapport, indiquait une série

(1) Avant-projet sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et hypothèques. A. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14.

d'exceptions. On peut imposer la publicité pour l'action en révocation pour inexécution de charges ; mais on ne peut admettre que le défaut de publicité puisse empêcher la révocation pour cause de survenance d'enfant, qui est, dans l'esprit du Code, au-dessus de la volonté du donateur, et à laquelle il ne saurait renoncer, pas plus que la révocation des donations entre époux pendant le mariage. A plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'une éviction pour atteinte à la réserve héréditaire, ne peut-on compromettre ce principe de la réserve en interdisant à l'héritier le droit de revendiquer le bien aliéné par le donataire faute de publicité ; ainsi encore les actions en nullité pour incapacité d'une des parties, ou par défaut d'acte authentique, quand cette formalité est exigée, ne sauraient se plier à la publicité.

Certaines de ces exceptions furent critiquées à la sous-commission, ainsi celles concernant l'action en réduction pour atteinte à la réserve. M. Challamel déclara qu'il n'avait point le respect de la réserve et qu'il était partisan de cet excellent et fécond principe de la liberté testamentaire : « La liberté de tester paraît préférable... C'est une source meilleure de fécondité pour la richesse nationale et le moyen le plus efficace de relever les caractères en laissant au père la faculté de remplir tout son devoir de chef de famille. » Mais surtout il s'attaqua à l'exception concernant l'incapacité ou le défaut d'acte notarié, ne pouvant admettre qu'on fût obligé de remonter sans cesse le cours des inscriptions. Un acte valable consenti

par un incapable ne donnerait aucune sécurité, alors qu'un acte faux inscrit donnerait aux tiers une propriété incommutable. C'était l'ancien conflit entre le crédit et les incapables qui réapparaissait. M. Bufnoir défendit la solution du Comité demandant qu'on ne sacrifiât point les incapables et qu'on laissât aux pouvoirs publics le soin d'organiser la publicité de ces incapacités tout en limitant le délai laissé par la loi actuelle à l'exercice de ces actions.

La sous-commission adopta dans toute sa rigueur le principe de la force probante ; elle décida que l'inscription mettrait l'acquéreur à l'abri de toute action fondée sur un droit non inscrit, ou intentée à raison d'une clause de contrat non inscrite, et rejeta toutes les exceptions proposées par le Comité.

32. Dès lors, sa décision ne pouvait être douteuse relativement au troisième point de la question, à savoir : les rapports du propriétaire véritable avec l'acquéreur qui a traité sur la foi d'une inscription prise par un *non dominus*. Le droit de cet acquéreur sera un droit incommutable : « Les droits des tiers qui ont traité sur la foi d'une inscription sont opposables aux véritables propriétaires. »

Restait une dernière difficulté : un droit n'a pas été inscrit ; mais le tiers qui a contracté au sujet de ce droit savait son existence. Ce fait couvrira-t-il le défaut d'inscription ? Non, répondent également le Comité et la sous-commission, le défaut d'inscription d'un droit ne peut être suppléé, ni regardé comme

couvert par la connaissance que les tiers pourraient avoir eue de son existence en dehors du Livre Foncier, à moins que la preuve ne résulte de l'acte même où ils ont été parties, ou qu'il n'y ait collusion frauduleuse entre eux et le constituant. Cette disposition fut adoptée sans discussion : elle était dans la logique des principes déjà posés. Mais nous ne pouvons nous empêcher de faire observer que, sur ce point, on allait beaucoup plus loin que ne le faisaient les lois prussiennes, qui ne protègent les tiers se réclamant de l'autorité du Livre Foncier, qu'autant qu'ils ont traité à titre onéreux et de bonne foi et qu'ils n'ont pas eu connaissance des causes de nullité et de résolution par quelque autre voie que le Livre Foncier.

V. JUSTIFICATIONS A FAIRE POUR OBTENIR LES INSCRIPTIONS ET
LES RADIATIONS AU LIVRE FONCIER

33. La force probante aussi rigoureuse que la sous-commission reconnaissait aux énonciations ainsi portées au Livre Foncier devait amener celle-ci à organiser tout un système de justifications préventives de fraudes, protectrices pour les incapables, et donnant aux inscriptions l'authenticité suffisante. Cette question souleva de très longs débats qui ne remplirent pas moins de 8 séances, du jeudi 12 janvier au 28 mars 1893.

Le rapport de M. Léon Michel servit de base à ces

discussions ; il posait, en principe, la nécessité pour l'inscription d'un contrôle analogue à celui qui aujourd'hui est en vigueur pour les radiations. Ce contrôle doit être fait par le conservateur, et non par les tribunaux, comme en Allemagne, ou par les sollicitors, comme en Australie. Ce contrôle du conservateur admis, une autre question se pose, celle des responsabilités. En Allemagne, ni le conservateur, véritable juge foncier, ni l'Etat, ne sont responsables. En Australie, pas de responsabilité du fonctionnaire, mais responsabilité de l'Etat, sous la forme d'un fonds de garantie. Le rapport adoptait la responsabilité du fonctionnaire en réservant une responsabilité subsidiaire de l'Etat.

Aucune mention ne sera donc admise au Livre Foncier, qu'après examen préalable auquel le conservateur procède sous sa responsabilité.

Cet examen, comment l'opérera-t-il ?

Deux systèmes sont possibles : 1° la vérification personnelle du conservateur ; la loi n'intervient pas, le conservateur est seul juge et peut exiger telle justification qu'il croit nécessaire. Système dangereux qui forcera le conservateur à se montrer d'une rigueur excessive, et la justice à intervenir trop souvent ; on entraverait au lieu de l'encourager la transmission des immeubles : « Le Livre Foncier serait comme un paradis, un lieu de délices, mais il faudrait pour y entrer justifier d'une telle pureté que beaucoup se décourageraient. » (1)

(1) *L. c.*, f. III, p. 270.

2° Le système des justifications légales : la loi détermine les justifications à fournir, mais laisse le conservateur libre de ne pas les exiger sous sa responsabilité : ces justifications fournies, le conservateur est absolument dégagé.

Supposons donc que le droit à inscrire soit le résultat d'une convention. Nous verrons, dans la troisième partie, qu'il n'y a pas lieu à transcription complète, mais simplement à transcription des clauses nécessaires. Qui en sera juge et qui fera cet extrait ? On ne peut y astreindre le conservateur, il faut que celui-ci n'ait qu'à se reporter aux indications des parties, d'où la nécessité de fournir un bordereau : « dès qu'on s'écarte de la transcription pour en arriver au système de la publicité par extraits le bordereau s'impose ».

Ce bordereau sera signé des deux parties ; sinon, l'une pourrait, par l'omission de certaines clauses, porter préjudice à l'autre. Dès lors : « le conservateur n'a plus qu'à vérifier le bordereau, sans se préoccuper de la convention antérieure qu'on ne devra fournir que comme pièce à l'appui.

Pour les jugements, une signature suffira ; pour les mutations par décès également. Il en faudra deux pour les legs particuliers suivant le nombre des personnes intéressées.

Devant ce bordereau, le conservateur aura à faire certaines vérifications : c'est ici le point le plus délicat.

La question de la propriété sera tranchée par la

mention du Livre Foncier ; mais il faudra se préoccuper de l'identité des parties, de leur capacité, de la validité de l'acte. La sous-commission avait décidé que les incapacités figureraient au Livre Foncier, mais sous réserve de la force probante. Or celle-ci est impossible à admettre, car il ne paraît pas possible de faire se produire, à coup sûr, ces incapacités, et en tous cas il faudra toujours un assez long délai pour que ces incapacités soient inscrites.

La question à ce sujet est double ; il y a une question de fait et une question de droit. Y a-t-il une cause d'incapacité ? (Question de fait.) La capacité étant prouvée, l'individu pouvait-il consentir tel acte ? (Question de droit.) Le Livre Foncier ne saurait indiquer, semble-t-il, que le premier de ces renseignements. Ce n'est pas son rôle de faire acquérir aux tiers le droit qu'ils désirent ; sinon on transforme une nullité relative en une nullité absolue, on rend impossible la pratique de la gestion d'affaires et du portefort.

Ces raisons ne prévalurent point cependant dans le Comité, et le rapport de M. Léon Michel conclut en sens contraire ; il faut une vérification complète, et pour cela, il faut un acte notarié, le notaire étant le seul désigné pour servir de vérificateur.

En résumé, des travaux du Comité s'est dégagée une double obligation : la nécessité du bordereau signé par les deux parties ; la nécessité d'un bordereau authentique ; faute de bordereau authentique,

le conservateur doit vérifier sous sa responsabilité l'identité et la capacité du disposant.

34. La faculté de produire un bordereau sous seing privé soulevait des difficultés. L'inscription qu'on allait ainsi effectuer avait une grande importance ; elle engageait le fond du droit. Pouvait-on admettre qu'un bordereau, signé de deux individus quelconques, puisse entraîner cette conséquence ? Aussi demanda-t-on l'intervention du notaire et l'acte notarié obligatoire pour toute mutation : « On se demande pourquoi cette différence entre l'inscription de l'hypothèque et de la mutation : l'hypothèque est moindre que la mutation et on est plus exigeant pour l'hypothèque... » (1)

De même M. Faye observait que l'inscription, sur simple production d'un sous-seing privé, pouvait offrir de grands dangers : un faux titre inscrit emportera en fait le fond du droit. Mais, à ses yeux, il ne serait pas besoin d'avoir recours à l'acte authentique : le bordereau authentique suffirait. Le notaire ne sera plus ici l'homme qui authentiquera les conventions, qui donnera à l'acte la force exécutoire : mais il attestera par sa signature, que les personnes qui se sont présentées devant lui, et qui ont fait l'acte sous seing privé, sont bien celles qui requièrent l'inscription. A quoi, au nom de tout le notariat, M. Huil-

(1) M. Vavas seur, *l. c.*, f. III, p. 249.

lier objectait qu'on ne saurait faire des notaires des agents de légalisation, des agents certificateurs.

Il faut reconnaître, sur cette question délicate, que la théorie précédente présentait un illogisme indiscutable ; si on accepte le principe de la force probante, comme l'indiquaient MM. L. Michel et Challamel, on prend par là même son parti des conséquences fâcheuses qui pourraient se produire, et notamment de l'inscription éventuelle des titres faux : « Si cette possibilité vous effraye, abandonnez le principe de la foi probante dont elle n'est que la conséquence » (1). L'utilité de l'acte authentique n'était pas destinée, dans l'esprit du Comité et du rapporteur, à offrir une garantie de plus au propriétaire, mais, tout simplement, à couvrir la responsabilité du conservateur : « Si nous avons établi le bordereau authentique, ce n'est pas pour protéger le propriétaire qui serait dépourvu par un faux ; nous voulons l'acte authentique pour dégager la responsabilité du conservateur, qui serait dans l'impossibilité, dans bien des cas, de procéder lui-même aux vérifications nécessaires. » (2)

Trois systèmes sont donc concevables, et ils se proposaient tous trois à la Commission : 1° le fondement nécessaire de l'inscription au Livre Foncier doit être un acte notarié (Vavasseur-Fabre) ; 2° l'inscription pourra avoir lieu indifféremment sur la production d'un acte sous seing privé, ou d'un acte au-

(1) *L. c.*, p. 248.

(2) *L. c.*, *id.*

thentique ; mais ce dernier aura l'avantage de dégager complètement la responsabilité du conservateur (système du Comité) ; 3° l'acte, qui doit servir de base à l'inscription, sera authentique ou sous seing privé ; mais le bordereau d'inscription devra toujours être authentique (M. Faye).

Nous ne craignons pas d'affirmer (et cette opinion peut s'appuyer sur l'autorité de M. Bufnoir), que le premier de ces systèmes est à coup sûr le moins acceptable ; il créerait de suite des charges trop lourdes pour la propriété, en augmentant les frais. Entre les deux autres, la sous-commission donna la préférence au texte du Comité. Il était donc admis que l'inscription pouvait être opérée sur le vu d'un sous-seing privé aussi bien que d'un acte authentique.

35. Voyons-en les conséquences pratiques. Deux situations vont se présenter : le conservateur sera sommé d'inscrire sur la production d'un bordereau authentique, ou d'un bordereau sous seing privé.

Lorsqu'il y aura bordereau authentique, la solution sera simple. Le conservateur n'aura aucune justification à demander : « Le bordereau authentique établit la capacité du disposant, et fait foi de l'existence et de la régularité des pièces justificatives qui y sont mentionnées. » Cette formule fut adoptée sans discussion à la séance du 23 mars 1893 (1).

(1) Fasc. V, p. 402.

36. La question du bordereau sous seing privé est autrement délicate (1). D'aucuns la considéraient comme insoluble (Bufnoir, Michel, Faye). Essayons tout au moins de dégager quelques principes et de signaler quelques résultats, sauf à les discuter après.

On voit bien comment se pose la question. Une inscription est requise sur bordereau sous seing privé : c'est là une pièce qui, par elle-même, n'offre pas de garanties suffisantes ; ni l'identité, ni la capacité du disposant, ni la régularité des pièces produites ne sont véritablement prouvées. Le Comité d'études chargeait le conservateur de faire sur tous ces points les vérifications nécessaires.

Il peut se faire que telle ou telle circonstance rende telle vérification inutile. Relativement à l'identité des parties, on admettait qu'elle était suffisamment établie, lorsque les signatures apposées au bas du bordereau étaient certifiées par le juge, ou le notaire, ou tout autre officier public du domicile des parties. Les responsabilités dans ce cas ne pesaient plus sur le conservateur.

Quant à la capacité, le Comité la tenait pour suffisamment vérifiée par le fait qu'aucune mention au Livre Foncier n'indiquait l'incapacité : le conservateur n'avait qu'à se fier à son registre, et il était couvert. Cet examen même était inutile pour l'incapacité résultant de la minorité, qui ressortait assez claire-

(1) Sa discussion n'occupa pas moins de quatre séances.

ment de l'acte de naissance que le conservateur pouvait se faire représenter. Enfin, lorsqu'il s'agissait de la femme mariée, le conservateur devait s'enquérir si le contrat de mariage ne portait pas d'incapacités spéciales.

Le projet supposait donc les incapacités inscrites ; mais celles-ci ne devaient jamais être inscrites avant un certain délai. Il ne fallait donc pas qu'un droit quelconque fût porté au Livre Foncier au préjudice de l'incapable, dans le laps de temps qui sépare l'ouverture de l'incapacité et son inscription ; l'incapable eût été dès lors injustement lésé. Le projet du Comité prévoyait l'hypothèse et décidait que l'inscription opérée en vertu d'un bordereau sous signatures privées ne deviendrait définitive qu'après l'expiration d'un délai égal à celui qui est établi pour l'inscription des mentions d'incapacité au Livre Foncier (1).

Tel était l'ensemble du système sur lequel la sous-commission avait à se prononcer. Il nous faut le discuter en quelques mots.

37. Et d'abord, il importe de bien définir le bordereau sous seing privé et le bordereau authentique. Peut-il notamment y avoir bordereau authentique quand l'acte de transfert est sous seing privé ? En d'autres termes, quand un notaire ne fait que certifier les signatures du bordereau sans avoir l'acte déposé chez lui, dans ses minutes, y a-t-il bordereau authentique ? M. Massigli semblait dire oui, M. Fra-

(1) *Vide infra*. Troisième partie.

vation disait très fermement non. M. Léon Michel soutint qu'on devait considérer comme authentique tout bordereau passé devant notaire, quel que fût l'acte principal. Mais M. Bonjean fit très justement observer que jamais notaire ne consentirait à rédiger un bordereau authentique, sans un acte préexistant, dont il pourrait préalablement répondre. Il proposait les deux décisions suivantes, qui furent celles auxquelles s'arrêta la sous-commission, et auxquelles nous nous rallions : « Le bordereau authentique est établi, sous sa responsabilité, par le détenteur public du titre justificatif de la mutation. Le bordereau sous seing privé est celui qui est signé par les parties.

Ainsi, on n'obligeait pas les parties qui désiraient un bordereau authentique à avoir un titre antérieur également authentique ; mais on exigeait que ce titre, même sous seing privé, restât pour minute entre les mains du notaire.

38. Ce premier point bien précisé, reprenons en détail les dispositions proposées par le Comité.

L'identité des parties, portait le projet, devait être certifiée par le juge ou tout autre officier public. Mais cette vérification ne saurait aller sans entraîner une responsabilité. Comment y soumettre le juge de paix ? M. Faye demandait qu'on réservât aux seuls notaires, à l'exclusion de tous autres officiers publics, le soin de faire cette vérification. Au contraire, pour M. Delatour et M. Coste, on ne saurait forcer les

gens à aller chez le notaire pour de petites mutations ; il fallait maintenir les juges de paix et les maires.

Malgré M. Huillier, protestant de ce que les notaires ne sont point des agents certificateurs, on admit sans difficulté qu'ils auraient toujours compétence pour vérifier l'identité des parties. Mais seraient-ils seuls compétents ? Très sagement, M. Challamel demandait d'écarter les maires, et, en général, tous les agents administratifs. Le Comité entraît dans cet ordre d'idées, et ne maintenait comme certificateurs que les notaires et les juges de paix de la situation de l'immeuble ou du domicile de l'aliénateur, en écartant pour les juges toute responsabilité pécuniaire. Craignant de voir intervenir les notaires dans les affaires de minime valeur, certains membres (Delatour, Fravaton, Coste), demandaient la compétence exclusive du juge de paix pour tous les immeubles d'un revenu cadastral au-dessous de 0 fr. 50. Mais, d'une part, ce revenu cadastral varie de commune à commune ; d'autre part, l'instabilité des juges de paix paraissait un danger à M. Bonjean, qui leur préférait les maires, ainsi que MM. Faye et Neymarck (pour les communes de moins de 1.500 habitants).

La proposition de M. Delatour, ainsi que celle de M. Neymarck, échoua devant la sous-commission qui les rejeta l'une et l'autre, après une très brillante critique de M. Léon Michel, et qui adopta la proposition du Comité, soutenue par M. Challamel, donnant compétence pour la vérification de l'identité des parties aux seuls juges de paix et notai-

res. Restait la question de la responsabilité du juge. elle fut réservée.

Ainsi donc, le conservateur doit tenir l'identité des parties comme suffisamment établie, et se trouve déchargé de toute responsabilité, quand les signatures du bordereau ont été certifiées, soit par le notaire, soit par le juge de paix du domicile de l'aliénateur ou de la situation de l'immeuble.

39. Si la vérification d'identité n'offre pas, somme toute, de difficultés insurmontables, la vérification de la capacité fut, en revanche, considérée par la majorité du Comité de rédaction, comme à peu près impossible à organiser de façon suffisante. Il fallait trouver un système qui fit apparaître les incapacités du Livre Foncier. Déjà, en effet, la sous-commission avait voté un texte que nous retrouverons plus tard, à propos de l'avant-projet sur la publicité des droits réels autres que les privilèges et hypothèques, et qui portait que les actions en rescision et en nullité seraient sans effet au regard des tiers qui auraient acquis à titre onéreux dans l'ignorance des vices du titre de leur auteur. Restait, après avoir protégé les tiers par ce texte, à protéger les incapables et à ne pas les laisser dépouiller faute d'inscription.

La majorité du Comité s'étant, avec M. Bufnoir, déclarée incapable de résoudre le problème, M. Chalamel, au nom de la minorité qu'il représentait avec M. Fravaton, émit la crainte que la solution négative du Comité ne compromit l'ensemble de l'œuvre. Qua-

tre incapacités sollicitent l'attention du législateur : mineur, interdit, femme mariée, failli. Deux au moins d'entre elles sont particulièrement respectables : il convient de ne pas les priver de la protection que la loi leur donne (1). Il faut donc que le conservateur soit responsable envers eux du défaut d'inscription. Et rien ne sera plus juste. Pour connaître la minorité, il n'aura qu'à se faire représenter l'extrait de l'acte de naissance. Quant à l'interdiction, il se trouvait qu'au moment même où la sous-commission poursuivait ainsi ses travaux, le Parlement, sur l'initiative de M. Royer, député de l'Aube (2), votait une loi par laquelle il était décidé qu'il serait ouvert au greffe des tribunaux de première instance un registre spécial de tous les jugements portant nomination d'un conseil judiciaire et que le greffier serait tenu de transmettre, au fur et à mesure, l'indication des jugements de cette nature au greffier du Tribunal du lieu de la naissance du pourvu ; ce greffier à son tour devait faire mention du jugement sur son registre. Cette loi, votée à la Chambre, venait d'être votée par le Sénat, avec un amendement assimilant l'interdit au pourvu d'un conseil judiciaire. Le vote définitif avait eu lieu le 7 mars ; mais le 9, jour de la discussion à la sous-commission, elle n'avait pas été encore promulguée (3). Mais cette promulgation était imminente.

(1) Cf. ce que disait M. Faye. Séance du 9 juin 1892, fasc. II, p. 582.

(2) Proposition déposée en 1891.

(3) Elle le fut le 16 mars 1893.

et au moyen de la formalité que cette loi organisait, le conservateur avait un moyen facile de se renseigner sur l'interdiction, après s'être renseigné sur la minorité.

40. Quant au failli et à la femme mariée, on pouvait aussi faire apparaître leur incapacité ; pour le premier, en obligeant le syndic à faire inscrire sous sa responsabilité ; pour la seconde, en utilisant la loi de 1850, toutes les fois que le conservateur saurait que la femme est mariée. Le mari serait responsable du défaut de mention indiquant ce mariage.

Ainsi, sauf pour la minorité, MM. Challamel et Fravaton s'en tenaient à la formule que déjà nous avons signalée : la capacité est suffisamment établie par l'absence de toute mention au Livre Foncier. Pas d'incapacités inscrites, donc capacité.

41. Cette solution en effrayait certains. Que les mentions ne soient pas inscrites, et les incapables seront sacrifiés. M. Sanguet proposa d'instituer un casier civil où seraient portées les mentions nécessaires : il faut préférer, disait-il, le système des justifications de la capacité ou de l'incapacité, à celui de l'inscription préventive sur le registre ; ces inscriptions pourraient exister même après la disparition de l'incapacité.

Ce système fut vivement attaqué : MM. Bonjean, Challamel, Fravaton, objectèrent que le Livre Foncier devait se suffire à lui-même. A quoi, M. Sanguet

répondait : vous ne pouvez lui faire remplacer les registres de l'état civil.

En définitive, on ne trouvait point de solution satisfaisante entre les deux nécessités qui s'imposaient à la sous-commission. On voulait un Livre Foncier qui pût être considéré comme l'expression d'une vérité indiscutable ; mais on ne voulait pas admettre que les Livres Fonciers puissent permettre aux incapables de renoncer à leur incapacité. M. Massigli demandait à la sous-commission d'émettre un vote dont la signification fût la suivante : au cas où la mutation n'est pas constatée par acte notarié, il doit y avoir dans tous les cas une vérification par le conservateur, afin que le registre ne soit pas ouvert à une mutation qui expose l'incapable à être dépouillé par l'effet d'une seconde transmission immédiatement consentie par l'acquéreur qui aurait traité avec lui.

La solution que le Comité de rédaction proposait à la sous-commission pouvait se ramener aux termes suivants. En ce qui touche les incapacités résultant de la minorité, de l'interdiction et de la nomination d'un conseil judiciaire, la responsabilité du conservateur est suffisamment couverte par la production de l'acte de naissance et d'un extrait du registre spécial que la loi Royer (non encore promulguée), venait d'instituer. Quant aux autres incapacités (femmes mariées et faillis), le Comité s'en tenait toujours au principe de la responsabilité du conservateur. Sur ce dernier point, M. Challamel apportait quelques réserves.

Cette solution fut vivement combattue par M. Buisson d'abord, par M. L. Michel ensuite. Ce dernier, en particulier, montra l'incohérence du système proposé. S'il s'agit d'un acte notarié, toutes les vérifications seront faites, le notaire en est responsable et il y pourvoira. S'il s'agit d'un sous-seing privé, on n'exige en réalité aucune vérification, par cela seul que l'incapacité n'est pas mentionnée, le conservateur est couvert. Mais cette absence de mention, puisqu'elle est suffisante à couvrir le conservateur, pourquoi ne couvrirait-elle pas aussi le notaire ? « Le propre d'un système de publicité, c'est d'avoir la même force probante pour toutes les personnes qui le consultent. » (1)

On proposait deux systèmes de publicité des incapacités : le système du casier civil, et celui de la publicité autonome (publicité par le Livre Foncier lui-même). Tous deux sont excellents. Le casier civil est parfait. Il serait parfait d'avoir un livre de renseignements qu'on pourrait utiliser pour tous les besoins qui pourraient suffire à la fois aux échanges et mutations d'immeubles, et aux opérations relatives à la fortune mobilière pour tous les actes de la vie civile. La publicité autonome est bien séduisante. Rien de plus commode qu'un Livre Foncier suffisant à tous. Il y aurait un troisième système que proposait M. Léon Michel, exiger l'acte notarié pour opé-

1. P.-V., t. 3, p. 379.

rer la mutation ; c'est de beaucoup le plus mauvais, affirma-t-il lui-même, mais il a une qualité, c'est qu'il est possible, et que les autres ne le sont pas.

Le casier civil, en effet, entraînerait de longs retards. La centralisation des renseignements demanderait des délais considérables. Il laisserait de graves lacunes. Sans doute, la loi nouvelle (loi Royer) allait rendre la publicité de l'interdiction beaucoup plus facile, mais cette loi était dans son esprit précisément contraire aux tendances de la sous-commission : celle-ci voulait qu'un certificat négatif suffise à établir l'absence d'incapacité ; or, le rapporteur de la loi au Sénat déclarait formellement que « l'erreur ou l'omission commise sur le registre, ou dans l'extrait, n'empêchera pas le prodigue d'invoquer son incapacité, si elle existe réellement ». Le registre en question, organisé par cette nouvelle loi, ne devait donc avoir la valeur que d'un simple renseignement. Quant au système de la publicité autonome, qui donne force probante au registre foncier, il n'est guère plus pratique : outre qu'il va créer pour un individu donné une double capacité : capacité relativement aux biens mobiliers, capacité relativement aux immeubles, il offre ce très grand danger de supprimer de l'aveu même de ses partisans les incapacités prévues par le Code. Une femme pourra être capable dans un endroit, incapable dans un autre, selon les mentions du Livre Foncier : c'est elle qui, en définitive, devra déclarer son incapacité, alors que celle-ci est d'ordre public : « Je comprends votre amour pour le Livre

Foncier, disait M. Léon Michel, mais il ne faut pas qu'il soit tellement violent que, pour le satisfaire, vous imposiez aux autres de trop grands sacrifices. On y a déjà sacrifié la réserve, et, pour mon compte, je ne vois pas sans effroi le Livre Foncier ne pouvant fonctionner que par la suppression d'institutions qui ont tenu jusqu'ici une grande place dans notre législation et dans nos mœurs. Sans examen, vous lui avez sacrifié la réserve, allez-vous maintenant lui sacrifier les intérêts des incapables ! » (1)

42. Malgré ces critiques très graves, la sous-commission se rangea aux solutions proposées par le Comité (2). A ces solutions, M. Challamel proposa une disposition additionnelle, décidant que, pour toutes incapacités autres que la minorité ou l'interdiction, la responsabilité du conservateur serait couverte par l'absence de mention d'incapacité sur le Livre Foncier : c'était sacrifier presque entièrement les intérêts de la femme mariée. Avec beaucoup de sagesse, M. Massigli et M. Léon Michel défendirent sa cause contre M. Challamel : il faut protéger la femme contre elle et contre son mari, et ne pas permettre que le régime dotal soit supprimé à volonté par le seul défaut d'inscription au Livre Foncier.

La thèse de M. Challamel triompha cependant devant la sous-commission ; par là était complété le

1) P.-V., f. 3, p. 383.

(2) *Vide infra*, 3^e partie, n° 53, p. 439, modifications importantes apportées à ces solutions.

système des justifications à fournir pour opérer inscription au Livre Foncier. Quand le bordereau est authentique, c'est au notaire à faire les vérifications. Lorsqu'il s'agit de bordereau sous seing privé, on distingue suivant la nature des incapacités : en ce qui touche les incapacités résultant de la minorité de l'interdiction, et de la nomination d'un conseil judiciaire, la responsabilité du conservateur est suffisamment couverte par la production de l'acte de naissance et d'un extrait du registre spécial institué par la loi du 16 mars 1893 (loi Royer) ; pour toutes autres incapacités, cette responsabilité est couverte par l'absence de mention d'incapacité sur ce Livre Foncier. Toutefois, si l'aliénation est consentie par une femme désignée ou inscrite comme femme mariée, le conservateur est tenu de s'enquérir des incapacités résultant du contrat de mariage. Le conservateur doit, dans tous les cas, s'assurer que l'acte n'est pas en opposition avec les mentions inscrites au Livre Foncier et que les pièces produites, ou dont le notaire certifie l'existence et la régularité, autorisent l'inscription.

VI. — CIRCONSCRIPTION DES LIVRES FONCIERS

43. Ici la question est beaucoup plus simple, étant de pure réglementation. Elle fut très nettement exposée par le rapport de M. Fravatton. Deux tendances sollicitaient les préférences de la sous-commission : l'une consistait à vouloir rapprocher le plus possi-

ble le registre foncier des parcelles dont il est le catalogue ; mais c'était là de grosses difficultés pratiques, une administration tout entière à créer, des agents à multiplier, c'était la source de frais considérables, car chaque Livre Foncier ne correspondant qu'à un petit nombre de parcelles, toute inscription concernant une assez grande étendue obligerait à faire inscrire sur plusieurs livres fonciers à la fois. En sens contraire, une autre tendance désirait l'organisation des conservations à grand rayon (systèmes de Tunisie et d'Australie) ; mais cette organisation avait cet inconvénient grave d'imposer au conservateur, surtout en admettant la force probante, une surveillance beaucoup trop importante à laquelle il ne pourrait suffire.

44. Le rapporteur écartait comme circonscription du Livre Foncier, et le canton trop restreint, et le département trop étendu, pour conclure à l'organisation d'une conservation foncière par arrondissement.

La sous-commission se rangea à cet avis, elle vota qu'il y aurait une conservation de Livre Foncier par arrondissement et qu'elle serait placée dans la commune ou siège le Tribunal civil ; elle admit, d'autre part, que la conservation pourrait être divisée en deux ou plusieurs bureaux (proposition Neymarck, amendement Boutin).

45. Les Livres Fonciers ainsi organisés, qui sera chargé de les tenir ? La question, de pure réglemen-

tation, ne souffrait aucune difficulté ; après échange de brèves observations, la sous-commission adopta une proposition de M. Boutin, décidant que la tenue des Livres Fonciers serait confiée à l'enregistrement.

VII. — RESPONSABILITÉ DES PERSONNES CHARGÉES DE LA
TENUE DES LIVRES FONCIERS

46. Dans les longues discussions, concernant les justifications à fournir pour faire inscrire, cette question avait été partiellement résolue. M. Fravaton, chargé du rapport, se trouvait donc en présence de résultats déjà acquis.

Le principe, adopté par le Comité de rédaction et d'étude, consistait dans l'application intégrale des articles 1382 et 1383. De ce principe, les applications étaient variables suivant les personnes envisagées.

Pour le notaire, quant à l'identité des parties, on appliquait simplement l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI (1).

Il n'est responsable que si les deux témoins requis n'ont pas été présents ; si ces témoins sont venus certifier l'identité des parties, celles-ci doivent supporter toute responsabilité provenant de leur erreur, et le notaire est entièrement dégagé. Quant à la capa-

1) « Le nom, l'état et la demeure des parties devront être reconnus des notaires et leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires. »

cité, il n'en est pas responsable davantage. Quand l'identité lui a été attestée par les deux témoins, c'est au conservateur à faire sur ce point les vérifications nécessaires. Le juge de paix n'encourra jamais de responsabilité pécuniaire ; le Comité décida qu'il n'y avait pas lieu de créer un cas de responsabilité spéciale pour les magistrats en matière de Livres Fonciers, et qu'il convenait de maintenir la législation sur ce point ; mais il affirma le principe de la responsabilité, lorsque l'erreur ou l'omission serait volontaire.

Le juge de paix qui se serait rendu coupable de fraude ou de collusion, en certifiant les signatures apposées au bas d'un bordereau, pourra être pris à partie par la personne lésée (1).

La responsabilité du conservateur avait également déjà été réglée implicitement par diverses résolutions, votées dans les séances des 23 février, 16 et 23 mars 1893 (2), d'où se dégageaient ces principes que ce conservateur devait être tenu des irrégularités ou des nullités des inscriptions, sauf quand ces erreurs proviennent des pièces mêmes qu'il était tenu d'accepter. Comparé aux législations étrangères, le projet du Comité paraît assez rigoureux ; la plupart de ces législations atténuant, en effet, cette responsabilité. Ainsi en Prusse, où elle n'est que subsidiaire ; en Alsace-Lorraine, où elle n'existe que pour la faute lourde du préposé ; en Australie, où elle n'existe pas

(1) P.-V., f. 5, p. 317. Cf. avant-projet, f. 2, p. 680.

(2) P.-V., f. 3, p. 321 à 348 et 373.

et où les parties n'ont de recours que contre le fonds d'assurance.

Quant à la responsabilité de l'Etat, elle existe au contraire partout, sauf en Tunisie, où, d'abord inscrite dans la loi, elle a été supprimée. Le Comité l'admet en principe, mais en la restreignant aux seules espèces dans lesquelles sont engagés les fonctionnaires.

Combien de temps cette responsabilité durera-t-elle ? Le Comité adopte la plus longue durée, 30 ans ; mais en la réduisant à 3 ans, au cas où la partie lésée aurait eu connaissance du fait qui l'avait lésée, à partir du moment où cette connaissance aurait eu lieu.

47. La question de la responsabilité des juges de paix souleva d'assez vives critiques. M. Bonjean n'admettait pas que des magistrats fussent sous le coup d'une responsabilité pécuniaire. Défendue par M. Fravaton, M. Bufnoir, la solution du Comité l'emporta, légèrement modifiée par M. Challamel, qui fit voter un amendement étendant cette responsabilité à toute faute, négligence, fraude ou collusion (séance du 29 juin 1893).

48. La responsabilité des conservateurs ne souffrit point de difficultés, et les résolutions du Comité furent adoptées dans leur intégralité (1).

(1) P.-V., f. 5, p. 344.

49. Ce fut la responsabilité de l'Etat qui souleva la discussion la plus importante ; cette charge qu'on allait faire peser sur l'Etat semblait inadmissible à plusieurs (MM. Worms, Chante-Grellet, Neymarck, Liotard-Vogt). L'exercice de la souveraineté ne saurait entraîner responsabilité, l'Etat n'est donc responsable qu'en tant qu'il gère les services publics ; or dans l'espèce actuelle, les officiers publics qui vont engager cette responsabilité, n'agissent point comme préposés de ces services, mais comme fonctionnaires délégués de la puissance publique.

Par contre, le projet trouva d'ardents défenseurs (MM. Challamel, Lallemand et Fravaton). Le Livre Foncier peut entraîner la dépossession injuste d'un propriétaire ; jamais le Livre Foncier ne s'acclimatera en France, si certains propriétaires se voient ainsi privés de leur bien sans avoir une garantie sûre. L'Etat peut être considéré ici comme gérant les services publics.

La solution du Comité fut cependant adoptée et toute modification repoussée.

50. Restait enfin à débattre la question de la prescription. Sans discussion, la prescription trentenaire fut adoptée. Mais, une fois le vote acquis, M. Liotard-Vogt présenta des observations sur une question importante, la durée du cautionnement. Sur la proposition du Directeur principal de l'Enregistrement, il fut décidé que le cautionnement du conservateur du Livre Foncier restera affecté à la garantie de sa gestion

pendant 10 ans, à partir du jour de la cessation de ses fonctions.

51. Par là, nous avons terminé l'étude de cette organisation si délicate du Livre Foncier ; nous connaissons l'instrument destiné à servir la publicité plus large désirée par les réformateurs. Autour d'une fraction de l'immeuble individualisé sous le nom d'unité foncière, viendront se grouper divers renseignements qui donneront sa détermination physique et juridique ; ces renseignements auront une autorité beaucoup plus forte que ceux portés dans les inscriptions actuelles. Sans doute, la propriété sera toujours transférée par le seul consentement ; mais les tiers seront toujours couverts contre l'effet de droit non révélé par l'inscription, et traiteront toujours à coup sûr, quand ils traiteront sur la foi de l'inscription. Dès lors, aucune inscription ne saurait être prise, sans que des justifications précises soient fournies ; et tout un système de responsabilité était organisé.

Mais l'instrument ainsi connu, quelle va être maintenant l'étendue de la publicité, à quels droits va-t-elle s'étendre ? Nous allons étudier cette question aux trois points de vue que la nature même des choses nous impose : publicité des modifications relatives à la personne (incapacités) ; publicité des droits réels autres que les privilèges ou hypothèques ; enfin, publicité hypothécaire, à propos de laquelle nous aborderons toute la question de l'organisation hypothécaire.

TROISIÈME PARTIE

PUBLICITÉ DES MENTIONS D'ÉTAT CIVIL. —

QUESTION DU CASIER CIVIL (1)

52. La question est de première importance. Il résultait des décisions que nous connaissons déjà, qu'une incapacité non révélée par le Livre Foncier lui-même ne saurait être opposée aux tiers. Les conséquences en pouvaient être désastreuses pour les incapables et même pour d'autres (ainsi, au cas de dessaisissement à cause de faillite). Il fallait donc organiser un système de publicité qui portât à la connaissance des tiers les incapacités qui peuvent frapper une personne. Cette publicité devait résulter du Livre Foncier lui-même ; non pas que la sous-commission fût hostile en principe à l'idée d'un casier civil, mais elle désirait que le Livre Foncier se suffise à lui-même et contienne toutes les énonciations nécessaires pour éclairer les tiers.

La question d'un casier civil avait été posée par M. Degouy, à la séance du 7 avril 1892. De l'insuffisance de notre état civil actuel, personne ne pouvait douter. Il est aujourd'hui à peu près impossible de

(1) Avant-Projet, titre III, art. 74 à 83.

prouver qu'on est seul héritier, qu'on est célibataire, on peut commettre le crime de bigamie. Le casier civil renfermant tous les renseignements à cet égard modifierait la situation ; sans opposition, la sous-commission émit un vœu en ce sens. Mais il n'y avait là qu'un vœu, la sous-commission laissait aux pouvoirs publics le soin d'organiser cette forme de publicité.

Plus d'un an après (séance du 13 juillet 1893), l'idée fut reprise par M. Sanguet, qui insista sur la nécessité de centraliser les renseignements d'état civil ; la sous-commission maintint ses premières décisions. Il fallait donc que le Livre Foncier devînt la base de cette publicité.

53. Les propositions du Comité se ramenaient aux quatre points suivants ; nous allons voir comment vont être modifiés certains principes déjà votés par la sous-commission.

1° Pour la minorité, la publicité devait résulter de l'acte de naissance lui-même : le conservateur en avait connaissance au moyen d'une mention portée auparavant sur les registres ; ou bien, faute de cette mention, en exigeant la production de l'acte de naissance.

Ainsi, pour la minorité, mais pour la minorité seulement, le seul fait que le Livre Foncier ne porte aucune mention ne suffit pas à couvrir le conservateur ; il faut qu'il aille plus loin et qu'il demande, au cas où il n'y aurait aucune mention, la production de l'acte de naissance. Mais c'est là la seule excep-

tion au principe : pour toutes les autres incapacités, il faut que la mention de l'incapacité figure au Livre Foncier pour être opposable aux tiers.

Par là, on contredisait une décision précédente : la sous-commission avait, en effet, admis auparavant, que le conservateur devrait, pour l'interdiction et la nomination de conseil judiciaire, consulter le registre tenu au greffe du lieu de la naissance, conformément à la loi Royer, promulguée le 16 mars 1893. Le Comité craignit qu'il y eût là la source de trop longs retards. Aucune vérification ne sera nécessaire en dehors de l'examen du Livre Foncier.

Tel était le principe que nous avons plus haut longuement discuté. Et il nous faut maintenant envisager la question qui se pose, à la suite de ce principe : Comment fera-t-on apparaître au Livre Foncier les incapacités autres que la minorité, puisque le seul défaut mention de ces incapacités au Livre Foncier suffit à faire perdre à l'incapable le bénéfice de son incapacité ?

54. 2° Pour la femme mariée, il était simplement décidé qu'à la requête du mari ou à sa propre requête, elle pourrait faire suivre son nom de fille, de celui de son mari ; et pour cela, on leur accordait un délai de 30 jours, pendant lequel l'inscription prise par un tiers n'était que provisoire, et non opposable à la femme. La règle ne concernait d'ailleurs que les bordereaux sous seings privés ; au cas de bordereau authentique, le notaire qui aura rédigé le bordereau,

sera évidemment responsable au cas d'erreur ou d'omission.

3° Pour le cas de faillite, l'obligation de faire inscrire incombait au syndic, sous sa responsabilité. La tâche était facile, puisque le failli doit produire au syndic, sous peine de banqueroute frauduleuse, le bilan de ses valeurs mobilières et immobilières.

4° Restaient l'interdit et le pourvu de conseil judiciaire ; on ne faisait plus appel pour eux aux principes de la loi du 16 mars 1893 : il fallait donc trouver quelqu'un qui fit l'inscription ; le Comité en chargea le demandeur à l'interdiction. Enfin, pour le cas d'interdiction légale, l'arrêt d'interdiction devra être mentionné à la requête du ministère public.

55. Un pareil système était bien dangereux pour les incapables. Contre le courant novateur, M. Massigli tenta de faire triompher des théories plus conservatrices ; mais il s'attacha plutôt à faire la critique des dispositions pratiques, que soumettait le Comité à la sous-commission, qu'à combattre le principe même dont elles découlaient. Il en signala les lacunes : on n'y parlait point de l'interné non interdit ; mais surtout il protesta contre l'obligation que l'on prétendait faire peser sur le demandeur à l'interdiction et sur la responsabilité qui la sanctionnait. Il y avait, à cet organisation, d'autres inconvénients, que souligna M. Sanguet : lorsqu'un propriétaire possèdera de nombreuses parcelles disséminées, on se trouvera en présence de grosses difficultés d'inscription.

56. La sous-commission adopta d'abord sans débat le principe que toute inscription de propriété devrait mentionner la date et le lieu de naissance du titulaire. A cet effet, le bordereau devra porter l'indication de la naissance à côté du nom de l'ayant droit. De plus, si le bordereau est sous-seing privé, il devra être produit au conservateur un extrait de l'acte de naissance, à moins que le requérant ne justifie de la production de cette pièce, à l'appui d'une inscription antérieure (1).

Quant à la femme mariée, il fut décidé également que toute inscription prise en son nom devait faire mention de la date et du lieu de la célébration du mariage, d'après la déclaration portée au bordereau. Si une femme, inscrite comme célibataire, venait à se marier, l'inscription devrait être prise dans les 30 jours : la femme et le mari devaient y pourvoir ; de même les notaires, toutes les fois qu'ils recevraient un contrat de mariage énonçant un apport immobilier de la femme, ou un acte portant acquisition d'immeuble par la femme mariée ; de même, encore, et dans tous les cas, les parents et les amis.

Dans le même délai de trente jours, seront inscrits les jugements déclaratifs de faillite et les jugements d'ouverture de liquidation judiciaire ; et ce, par les soins du syndic ou du liquidateur.

Enfin, la publicité des jugements d'interdiction fut réservée : la sous-commission hésita à faire peser sur

(1) P.-V., fasc. V., p. 387, — 389.

le demandeur à l'interdiction la responsabilité que lui imposait le Comité. Le renvoi au Comité fut donc prononcé.

Ce fut le Comité de revision qui trancha la question : il laissa libre ce demandeur de toute obligation. C'est le conseil de famille que l'avant-projet définitif va charger de cette mission (1). L'article 494 du Code civil l'appelle à donner son avis sur l'état de celui dont on poursuit l'interdiction : il devra aller plus loin et fournir, lors de sa réunion, un état des droits immobiliers du futur interdit, avec l'indication des feuillets fonciers qui en portent inscription. Sur injonction, contenue dans tout jugement ou arrêt portant interdiction, la mention de cette décision sera opérée, dans un délai de 20 jours, à la diligence et sous la responsabilité de l'avoué du demandeur sur tous les feuillets fonciers désignés par le conseil de famille. Le tuteur, les parents devront veiller à ce que cette inscription soit prise. Dans le cas où il s'agira d'un conseil judiciaire, ce sera le conseil judiciaire lui-même à qui incombera cette obligation.

Enfin, voulant éviter qu'une inscription effectuée par surprise ne vînt porter atteinte à une incapacité prononcée, mais non encore publiée, il fut admis que pendant un délai de 30 jours, les inscriptions prises en vertu de bordereaux sous seing privé, n'auraient point de caractère définitif, et que mention des incapacités pourrait être faite dans ce délai. Ce délai,

(1) Art. 77, 78, 81, 84.

précisons-le bien, n'avait pas pour point de départ le fait de l'inscription, mais le moment où l'acte qui servait de base à l'inscription avait acquis date certaine.

57. Ainsi donc la sous-commission, soumettant, nous l'avons vu, à l'inscription, toutes les causes d'incapacité, organisait, pour rendre cette inscription efficace, un système qui avait l'avantage de la simplicité et de l'uniformité, mais qui, dans bien des circonstances, compromettait, à coup sûr, les intérêts des incapables. Si le mineur paraissait à peu près protégé, la femme mariée était sacrifiée, et le régime dotal risquait, faute de publicité, de se trouver supprimé, en fait, dans bien des cas. C'est pourquoi, tout en rendant hommage à la pensée de la sous-commission, d'organiser un système offrant une garantie absolue aux tiers par le seul fait qu'ils se référaient au Livre Foncier, il convient de s'associer aux observations pleines de sagesse, qui furent faites par certains membres, et, notamment, par M. Massigli, dans son rapport, et d'estimer que l'intérêt des incapables est un intérêt sacré, que la protection donnée par la loi à la femme mariée, et plus spécialement à la femme dotale, ne devait pas être ainsi livrée aux hasards d'une publicité qui pouvait, bien souvent ne pas se réaliser utilement (1).

1) Le comité de révision de l'avant-projet définitif compléta sur certains points l'œuvre de la sous-commission. La lacune signalée par M. Massigli fut comblée : l'art. 9 prévoit le cas de l'aliéné

QUATRIÈME PARTIE

PUBLICITÉ DES DROITS RÉELS AUTRES QUE LES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES (1)

I

58. Les explications que nous avons déjà données, tant au sujet de l'organisation même des Livres Fonciers, que de l'autorité de leurs énonciations, simplifient la question actuelle et nous permettent de limiter assez facilement son exposé. Nous ne suivrons pas, en cette matière qui n'a pas donné lieu à des discussions théoriques aussi importantes que les précédentes, l'analyse détaillée des débats, mais nous essaierons de fixer les résultats acquis et de signaler, lorsque cela offrira un intérêt véritable, la discussion qui sur tel point pourrait s'élever.

On a pu se rendre compte déjà que, dans le système de la sous-commission juridique, la publicité à organiser pouvait revêtir trois formes : la mention, l'inscription, la prénotation.

interné non interdit : la publicité de ce fait ne sera que facultative et réservée aux parents, au conjoint ou à l'administrateur provisoire. L'art. 80 prévoit l'incapacité provenant de l'interdiction légale, et charge le tuteur dans les 20 jours de son entrée en fonctions, et le ministère public, quand la condamnation est devenue irrévocable, d'en faire opérer la mention.

,1) Avant-projet, titre II, art. 10 à 73.

59. Nous connaissons le rôle de la mention : c'est par elle que doit se faire la publicité des modifications diverses relatives à l'état civil, aux incapacités. Il est inutile d'y revenir.

60. Au contraire, les droits réels et les renseignements les concernant, sont portés à la connaissance des tiers au moyen de l'inscription. Par là, la sous-commission, rompant avec le système de la loi de 1855, abandonnait la transcription littérale, et laissait le conservateur maître de condenser en quelques énonciations les indications nécessaires. Responsable de l'utilité de l'inscription, il sera seul juge de la forme à lui donner ; mais l'organisation même du Livre Foncier empêcherait toute copie littérale : « Toute inscription au Livre Foncier s'opère au moyen d'énonciations sommaires » (1). Il faut de plus que l'inscription soit datée et signée.

61. Mais certains droits ne sont pas susceptibles d'être fixés par une inscription : ils n'ont pas la stabilité nécessaire pour être valablement inscrits. Il serait injuste, cependant, de ne pas les garantir contre des actes de disposition postérieurs : alors intervient la prénotation qui, sans fixer définitivement le droit, le conserve, éventuellement, en lui gardant le rang et les effets qu'il aurait eus, s'il avait été inscrit à cette date. Suivant une définition très heureuse,

1) A.-P., a. 32.

c'est une réserve d'inscription pour l'avenir. Cette prénotation servira de façon générale, toutes les fois qu'il s'agira de publier un droit qui ne peut, pour certaines raisons, être considéré comme définitif ; ainsi des droits qui n'existent que sous condition suspensive ; ainsi au cas où un tiers a acquis un droit réel immobilier quelconque en se portant fort pour l'acquéreur (1) ; ainsi, encore au cas de constitution de droits réels sur une part indivise de l'immeuble. Et l'avant-projet ajoute : « Dans ce dernier cas, la prénotation vaut, quant à l'immeuble indivis, opposition au partage, selon les termes de l'article 882 Code civil. » (2)

62. A cette publicité, quel effet l'avant-projet va-t-il assigner ? « Le Comité, dit M. Massigli dans son premier rapport, s'est proposé pour but l'organisation d'un régime où la règle de la publicité reçût l'application la plus large, et où la sécurité des acquéreurs et des prêteurs fût mieux garantie que dans le régime actuel ; mais il n'a pas cru pour cela devoir se départir d'un des principes fondamentaux de la législation en vigueur, du principe qu'entre les parties les droits réels immobiliers se transmettent et

(1) Il est à remarquer qu'il n'en serait pas de même pour la clause de porte-fort concernant le vendeur : tant que le vendeur n'est pas intervenu lui-même, aucun droit ne peut exister sur l'immeuble.

(2) A.-P., art. 37. Voir définition de la prénotation, art. 63. — Voyez sur la prénotation : Loi générale autrichienne du Livre Foncier, 25 juillet 1871, § 35 et suiv. — Lois prussiennes du 5 mai 1872, l. I, art. 9, 16, 22, 59, 60, 70 ; l. II, art. 64, 88, 89, 102.

s'acquièrent par le seul effet des conventions et que la publicité n'est exigée que pour les rendre opposables aux tiers. » (1)

Ainsi, rien n'est changé aux principes fondamentaux de notre droit : les tendances novatrices qui auraient voulu faire de la publicité un élément essentiel de la mutation elle-même, n'ont pas triomphé au sein du Comité. La seule fonction que l'avant-projet assigne à la publicité, c'est, tout comme aujourd'hui, de rendre les mutations opposables aux tiers.

Mais le principe restant le même, ses conditions d'application vont être l'objet de sérieuses modifications. Celles-ci ont leur cause principale dans l'autorité plus considérable attribuée aux énonciations du Livre Foncier, dans le principe de la force probante.

63. Il peut arriver aujourd'hui qu'un bien entre dans la circulation sans que l'aliénation dont il est l'objet ait été transcrite. Des sous-aliénations successives ont lieu ; mais il importe peu que toutes les sous-aliénations soient inscrites : il y a à l'origine un vice persistant, qui affecte toute la série des mutations par lesquelles est passé l'immeuble : des perturbations graves sont possibles, et la sécurité n'est jamais absolue. L'avant-projet remédie à cet état de choses ; et par un moyen très simple, inspiré de la loi prussienne (2), il force pour ainsi dire à prendre

1 P.V., fasc. II, p. 553.

2 L. du 5 mai 1872, l. I, art. 5

inscription. Tant que la propriété fixée sur la tête d'une personne déterminée n'est pas inscrite, elle est en quelque sorte dépouillée de sa valeur marchande ; elle ne peut plus faire l'objet d'une aliénation ou d'une constitution de droit réel. L'article 34 de l'avant-projet décide que « nul n'est admis à requérir l'inscription d'un droit au Livre Foncier, si le droit de son auteur n'a pas déjà reçu ou s'il ne reçoit pas simultanément de publicité exigée par la loi ». Par là, il n'y a plus à craindre d'interruption dans la filière des mutations ; par là, le principe de la force probante reçoit toute sa force ; car on pourra être certain en inscrivant un droit, déjà inscrit au Livre Foncier, qu'il n'y a pas à craindre le défaut d'inscription d'une aliénation antérieure.

64. Le but de l'avant-projet est, en effet, d'éviter à celui qui veut acquérir un immeuble d'avoir à remonter le cours des aliénations précédentes. Il doit lui suffire de constater l'existence de l'inscription immédiatement antérieure. Celle-ci assurera suffisamment l'efficacité de son droit (1). Mais pour cela, il ne suffit pas d'être assuré de l'inscription de l'aliénation antérieure. Il ne suffit pas non plus que toutes les causes d'incapacité restent sans effet, faute de publicité.

(1) Pour toute cette théorie, la sous-commission s'est inspirée, tout en les modifiant, des lois australiennes et prussiennes : Cf. *Réal Property Act* de 1861 pour l'Australie du Sud, art. 33 et 123 — *Transfer of Land Act* pour Victoria de 1890, art. 69, 205, 207, et *Loi du 5 mai 1872* (Prusse). L. I, art. 9.

Il y a toute une série de causes qui peuvent venir soudain anéantir le droit de l'auteur, de l'inscrivant, et qui sont pour ainsi dire inhérentes à l'acte primitif lui-même. En d'autres termes et plus clairement, il peut se faire qu'un droit, régulièrement acquis par un tiers, sur la foi d'une inscription valablement effectuée, soit affecté entre les mains du cédant, d'une de ces nombreuses causes de résolution ou de nullité, qui, par leur effet rétroactif, sont si dangereuses pour les tiers. Nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a : si je possède un droit, provenant d'une donation excessive, portant atteinte à la réserve, ou résultant d'un partage d'ascendants irrégulier, je ne puis transmettre à mon ayant cause qu'un droit incertain et résoluble. Le fait de transcrire ne saurait purger ces causes de résolution.

C'est là le système de la loi de 1855, auquel il faut rendre hommage en ce qu'il s'inspire d'un sentiment de justice, et qu'il ne confère point à un fait étranger au contrat lui-même, le pouvoir de modifier la portée et l'efficacité de ce contrat. Il n'en est pas moins vrai, par ailleurs, que notre régime actuel, en laissant subsister, sans publicité, les causes d'extinction de certains contrats, crée un danger permanent pour les tiers et porte atteinte à la consolidation de la propriété foncière. Appliquer ce principe que « *nemo dat quod non habet* », c'est vouloir, ainsi que le dit M. Charles Gide (1), « entretenir des droits de pro-

(1) Gide, Etude sur l'Act. Torrens, p. 42.

priété malaisés, impropres à la circulation, dangereux pour le crédit, et somme toute, ne pouvant procurer à leurs titulaires qu'une utilité restreinte ». — « C'est dit d'autre part M. Massigli (1), ne faire reposer la sécurité des transactions que sur la prescription. » La sous-commission devait rompre avec ce système. Déjà le Comité de rédaction et d'étude avait décidé que, les causes de résolution affectant les contrats antérieurs à un acte donné, seraient sans effet contre le bénéficiaire de cet acte, si celui-ci n'avait pas été averti par une inscription régulière. Mais il n'exigeait pas toujours cette publicité : il admettait que certaines causes de résolution plus ou moins faciles à prévoir, ou à découvrir au seul vu des titres, réagissent contre les tiers, encore que le Livre Foncier ne les leur ait pas révélées par une mention spéciale. La sous-commission, nous allons le voir, se montra plus rigoureuse que le Comité (2).

65. Il n'y avait pas à modifier les articles 299 et 958 du Code civil. Ces articles, dont le premier pré-

(1) Rapport général, IV, p. 545.

(2) Nous avons déjà indiqué que, dans le droit intermédiaire, on pouvait trouver une première manifestation du principe de la force probante : la loi du 9 messidor an III, à laquelle nous faisons allusion, ne protège pas complètement l'acquéreur d'un immeuble, puisqu'elle ne le met pas à l'abri d'une action ou revendication du véritable propriétaire. Mais, en revanche, elle protège très efficacement les droits des créanciers hypothécaires en ordonnant, sous peine d'irrecevabilité, la publicité de toute demande en revendication (arts. 92 et 93), et en décidant que les hypothèques antérieurement inscrites auront leur pleine et entière efficacité sur la chose hypothéquée, sauf le recours du propriétaire contre celui qui les aurait consenties (art. 95). — Voir l'article de M. de Loynes dans le Livre du Centenaire du Code, p. 385.

voit la révocation des donations faites à l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcée, et dont le second traite de la révocation pour cause d'ingratitude, disposent que ces révocations ne préjudicient pas aux aliénations ou aux hypothèques consenties par le donataire avant l'inscription d'un extrait de la demande en marge de la transcription de l'acte de donation. Il n'y avait qu'à conserver la règle, en l'harmonisant à l'ensemble du Livre Foncier : c'est là ce que fait l'article 18 de l'avant-projet.

66. Ces deux cas mis à part, on sait qu'à l'heure actuelle, la publicité n'est organisée que pour une seule cause de résolution ; la loi de 1855 a trouvé dans la publicité du privilège du vendeur le moyen d'organiser la publicité de l'action résolutoire.

L'article 14 de l'avant-projet prévoit cette action et décide qu'elle ne saurait préjudicier aux tiers, si le droit résolutoire n'a été rendu public par une inscription antérieure. Mais à cette action, il ajoute dans son alinéa premier « toute action résolutoire pour une exécution d'un contrat à titre gratuit ou onéreux, translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers ». Et dans son alinéa 2, il étend la même règle au droit de révocation d'une disposition testamentaire, pour cause d'inexécution des charges ; au droit de retour stipulé par un donateur aux termes de l'article 951 du Code civil, à la faculté de reméré et à toute autre cause de résolution établie par la volonté des parties.

Ce système de publicité est assez rationnel. Les droits que vise l'article 14 sont de ceux que les parties peuvent facilement prévoir et publier au moment du contrat. A ce principe général, l'avant-projet ajoutait encore deux dispositions tendant à remédier en toute hypothèse aux effets fâcheux de l'action résolutoire.

67. La première de ces mesures était une mesure préventive : elle est indiquée par le dernier alinéa de l'article 14. On peut supposer que les tiers (peut-être par négligence) se trouvent sous le coup d'une action résolutoire qui va agir efficacement contre eux ; ils pourront en prévenir les effets ; il leur appartiendra, en effet, de désintéresser le demandeur et de lui procurer l'exécution du marché qu'il réclame. A cette condition, ils éviteront toute résolution, et ce droit leur est reconnu de façon aussi large que possible puisqu'ils peuvent l'exercer tant que la décision prononçant la résolution, n'est pas passée en force de chose jugée.

68. L'article 23 vise la seconde amélioration à laquelle nous faisons allusion. Ici encore les législateurs de 1850 avaient soulevé la question. Il peut se faire que le demandeur à l'action résolutoire, poursuivant le détenteur du bien pour inexécution des charges ou pour toute autre cause, ait touché une partie du prix convenu, ou qu'il doive tenir compte au défendeur de certaines impenses faites par lui sur l'immeuble ; en un mot, que certaines sommes soient

dues par lui à son cocontractant à la suite de la résolution elle-même. Ce cocontractant a des créanciers hypothécaires. Aujourd'hui ces créanciers voient leur gage leur échapper, rentrer dans le patrimoine du revendiquant et ils n'ont, du seul fait de leur hypothèque aucun droit sur les sommes que le propriétaire antérieur doit verser à celui qui l'évince. Cela est très juridique, car ces sommes ne sont pas un prix susceptible de former l'objet d'un droit de préférence ; mais la sous-commission jugea qu'il serait équitable de donner à ces créanciers hypothécaires, un droit sur les sommes ainsi dues par le revendiquant. La loi de 1889 en avait décidé à peu près de même en une matière analogue (indemnité d'assurance), moins favorable cependant, car les créanciers n'étaient pas alors censés connus de l'assureur.

L'article 23 dispose donc que « lorsqu'un droit de résolution, une action en revendication ou une action en nullité, ou en rescision, préjudicie au droit des créanciers privilégiés et hypothécaires, les sommes que le propriétaire antérieur ou le revendiquant peuvent être tenus de rembourser, sont attribuées jusqu'à due concurrence à ses créanciers, suivant leur rang » (1).

69. L'article 14 mentionne encore une cause de résolution dont nous n'avons pas parlé, le retrait d'indivision : et il décide que ce droit de retrait (art. 1408 du Code civil), ne peut préjudicier aux droits des

1 Séance du 23 juin 1892.

tiers, s'il n'a été rendu public par une inscription antérieure. Mais l'avant-projet garde le silence à l'égard de toutes les autres causes de retrait, notamment le retrait des droits litigieux et le retrait successoral : « On a craint, dit M. Massigli dans son rapport (1), pour ce qui concerne les droits litigieux, que l'application du principe de la force probante ne tournât à l'avantage des acheteurs de procès, et qu'ils ne parvinssent à trouver leur compte à la sécurité procurée à leur cessionnaire.

Pour ce qui est du retrait successoral, la considération qui a inspiré le Comité, c'est qu'il faut éviter de charger le registre de mentions superflues, et que telle serait l'inscription du droit de retrait.

70. Au contraire, pour deux autres causes d'éviction assez fréquentes, l'avant-projet exige la publicité ; nous voulons parler de l'éviction provenant d'un emploi non effectué et du rapport à succession.

L'article 13 vise le premier cas : lorsqu'un mari achète un immeuble pour tenir lieu de emploi du prix d'un bien personnel de sa femme, il faut qu'il fasse mention de la déclaration de emploi. Par là, on évitera que, le mari ayant constitué des droits réels sur cet immeuble en son nom propre, la femme vienne les faire tomber par une acceptation ultérieure du emploi.

L'hypothèse du rapport à succession appelait aussi une réforme. Sans doute, l'obligation de rapporter

(1) Rap. gén., par. 23, p. 109.

l'immeuble donné en avancement d'hoirie n'est pas, dans la législation actuelle, une cause d'éviction pour l'acquéreur de cet immeuble, puisque, en ce cas, le rapport est dû en moins prenant. Mais pour ceux qui ont prêté hypothécairement sur cet immeuble, ou auxquels ont été consentis divers droits réels, le rapport anéantit rétroactivement leurs droits.

Ici, la sous-commission fut dépassée par le Comité de révision. Elle avait admis une proposition qui ne supprimait pas le rapport en nature dans tous les cas, mais dans ceux-là seulement où le donataire aurait fait acte de disposition. Le Comité de révision fut plus rigoureux et il décida qu'en toute hypothèse, le rapport n'aurait lieu qu'en moins prenant, le donataire ayant un droit définitif dès le jour de la donation. Que si, d'ailleurs, le donateur voulait imposer un rapport en nature, il en aurait toujours le droit, mais à la condition d'en avertir les tiers au moyen d'une inscription au Livre Foncier.

71. Nous en arrivons ainsi à un groupe de nullité pour lequel des difficultés très sérieuses se posaient, à tel point que le Comité de rédaction et d'étude les avait fait échapper à l'obligation de la publicité parce qu'il jugeait le problème insoluble. La sous-commission, au contraire, toujours plus audacieuse que le Comité, les soumit à la règle générale, malgré les conséquences qui pouvaient en résulter.

Au premier rang, il convient d'indiquer la cause de résolution provenant du caractère excessif d'une libéralité intéressant le grand principe de la réserve : de

même, encore, l'action en nullité ou en redressement d'un partage d'ascendant ; les actions ouvertes pour survenance d'enfant au donateur, les actions en révocation de donation entre époux.

Décider que toutes ces actions ne pourraient être intentées au préjudice des tiers bénéficiaires de droits sur les immeubles donnés, ou acquéreurs desdits immeubles, c'était, en quelque sorte, anéantir le droit à ces actions, puisque un acte du donataire allait suffire à les rendre inexercables. C'était ruiner sur tous ces points les principes consacrés par le Code. D'autre part, maintenir ces actions avec leur caractère occulte, c'était aller contre l'intérêt du crédit et permettre l'éviction contre un tiers détenteur qui n'aurait pu se renseigner.

Le Comité avait sur ce point fait exception au principe de la force probante. Il lui avait paru qu'il n'avait point le droit de toucher à la réserve et de compromettre ce principe essentiel (1). Mais la sous-commission ne suivit pas le Comité, et après discussion (2), elle décida que les réservataires aussi bien que les autres intéressés dans les diverses hypothèses que nous avons indiquées, ne pourraient opposer leurs actions aux tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble, si, antérieurement à l'inscription de ces droits, une prénotation n'avait point averti les tiers des causes d'éviction qui pouvaient les menacer (3).

Nous n'avons aucunement le respect superstitieux

(1) Cf. *sic* C. civ. italien (art. 1047, 1095, 1096, 1933).

(2) Séances des 2 et 9 juin 1892. P.-V., f. 2, p. 536 et suiv.

(3) Avant-projet, art. 16.

de la réserve ; nous croyons néfastes les théories du Code civil en matière de successions, tout imprégnées des erreurs révolutionnaires ; et le principe de l'égalité absolue des enfants (au moins avec l'exagération de la loi actuelle), nous semble dangereux et gros, dans certains cas, de conséquences anti-sociales. Mais on ne peut accepter qu'à propos d'une réforme déterminée, on porte atteinte à toutes les autres parties du Code. C'était là une question à réserver, et il ne convenait point de porter ainsi témérairement la main sur une institution ancienne, que beaucoup d'esprits considèrent, encore de nos jours, comme intangible.

Il est juste, d'ailleurs, de reconnaître que la sous-commission ne s'était point montrée rigoureuse relativement à la formalité même de la publicité ; elle avait admis que la seule mention au feuillet foncier que l'acquisition de tel droit est faite par donation, par testament, ou par partage d'ascendant ou donation entre époux vaudrait prénotation, en ce qui concerne les causes de résolution ou de révocation qui sont impliquées dans ces actes : elle ne faisait qu'une exception au sujet de la révocation pour survenance d'enfant.

72. Restait une dernière catégorie d'actions en nullité, celles qui sont basées sur des causes de nullité tenant à l'acte lui-même. Par leur nature même, ces causes d'éviction échappent le plus souvent à la publicité (acte d'acquisition falsifié, erreur, dol, vio-

lence viciant le consentement, lésion, vice de forme, etc.).

Cependant, ici encore la sous-commission se refuse à abandonner le principe de la force probante ; les actions en nullité ou en rescision, pas plus que l'action en revendication du légitime propriétaire au cas d'usurpation, n'auront d'effet contre les tiers, qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble dans l'ignorance des vices de leur auteur (1). L'article 20 pose le principe, l'article 21 fait une application des plus importantes au cas de faillite, ou de liquidation judiciaire. Les actions en nullité, dit cet article, fondées sur les articles 446 et 447 du Code de commerce, n'ont pas d'effet contre les tiers qui ont acquis à titre onéreux des droits sur les immeubles aliénés par le débiteur et qui les ont conservés avant la prénotation faite en vertu du jugement fixant la date de la cessation des paiements, ou en vertu de la demande en nullité, à moins qu'il n'ait eu connaissance des vices de leur auteur. Par mesure de prudence, les créanciers du commerçant assureront leur droit par cette prénotation. Il ne s'agit pas là, bien entendu, des ayants cause immédiats du failli contre lesquels les articles 446, 447 s'appliqueraient normalement, mais des tiers qui de bonne foi ont traité avec ces ayants cause.

(1) Avant-projet, art. 20, § 5.

II

73. Ainsi donc, lorsqu'un tiers traitera avec une personne quelconque au sujet d'un immeuble déterminé individualisé au Livre Foncier, il sera certain, aux termes mêmes de l'avant-projet, qu'aucun vice affectant le titre de son auteur ou des auteurs précédents, ne pourra nuire au droit qu'il acquiert, le Livre Foncier n'en portant pas la mention. Il faut maintenant se demander quels sont les droits qui seront publiés au Livre Foncier. En dehors des incapacités, en dehors des causes d'éviction et de résolution, quels sont les faits juridiques intéressant la vie de l'immeuble qui seront soumis à l'inscription ? Par là va être fixée l'étendue d'application de cette publicité.

On sait qu'à ce point de vue le Code, aussi bien que la loi de 1855, établit une différence essentielle entre les mutations entre vifs et les mutations à cause de mort. Ces dernières ne sont pas à l'heure actuelle soumises à la publicité. Examinons rapidement les innovations apportées aussi bien dans une hypothèse que dans l'autre.

Et d'abord, quant aux mutations entre vifs, le système de l'avant-projet est tout simple : il ne retranche rien, mais il élargit autant que possible la formule de façon à organiser une publicité sans réserve :

« tous actes et conventions entre vifs, à titre gratuit et onéreux, tous jugements passés en force de chose jugée, ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit immobilier, doivent être rendus publics par une inscription au feuillet de l'immeuble dans le Livre Foncier ». (Art. 10.) Et M. Massigli, commentant cet article déclare : « Tout ce qui est transmission, constitution, modification, extinction des droits réels, est compris dans ces prévisions. » Rien de plus clair que le principe : voyons en quelques mots ce qu'il ajoute au système actuel.

74. On a déjà compris sur quoi porte principalement l'innovation, la loi de 1855 néglige complètement les actes purement déclaratifs, l'avant-projet les fait rentrer dans la règle générale ; désormais, aussi bien que les actes translatifs, les actes déclaratifs, spécialement les partages, les jugements d'adjudication, seront soumis à l'inscription pour être rendus opposables aux tiers.

Les dispositions qui suivent l'article 10 (art. 11 et 13 paragraphes 1 et 2), ne sont que des applications particulières du principe ; l'article 11 parle des actes et jugements portant cession de mitoyenneté : il confirme par là la jurisprudence qui admet que la créance de la valeur de la mitoyenneté grève l'immeuble comme une charge réelle, mais n'est opposable aux tiers que si elle leur a été révélée par une inscription.

Quant aux servitudes, elles sont aussi soumises à la publicité, mais le rapport précise bien que cette publicité n'est nécessaire que lorsque un règlement conventionnel ou judiciaire est intervenu pour régler les conditions d'existence de la servitude : sinon, si l'on s'en tient à la simple disposition des lieux, s'il n'y a pas de règlement spécial, l'inscription est inutile et la servitude s'exerce toujours dans les conditions normales que prévoit la loi.

L'avant-projet maintient la règle de la loi de 1855 pour la publicité à donner aux baux de longue durée ; mais il exige cette publicité non seulement pour les baux de moins de 18 ans, mais pour les baux de moins de 12 ans. De plus, sur ce même point, l'article 11 ajoute quelque chose au système actuel : même au cas de baux de moins de 12 ans, si un renouvellement est intervenu à une époque telle que le cumul des années du nouveau bail et de celles qui restent à courir du bail originaire dépasse cette limite de 12 années, l'inscription sera obligatoire, disposition logique et nécessaire à l'application intégrale de la disposition que nous étudions. Le paragraphe 4 du même article ajoute aux actes fournis à la publicité, les actes et jugements portant quittance ou cession d'une somme supérieure à une année de fermages non échus ; enfin, le paragraphe 5 vise les procès-verbaux de saisie-immobilière. L'article 678 du Code de procédure civile exige leur transcription, c'est la même règle avec une formalité différente ; quant à l'exécution, les effets restent les mêmes.

75. Quant aux deux paragraphes de l'article 13 auxquels nous avons fait allusion, ils sont relatifs aux modifications que le contrat de mariage peut apporter dans les droits personnels de chaque époux sur ses propres biens. Ce n'est, en somme, que l'application pure et simple du principe fondamental de l'article 10. « Les droits de propriété, dit l'article 13, résultant des conventions matrimoniales au profit des époux ou de l'un d'eux, sur des immeubles apportés lors de la célébration du mariage ou acquis depuis, ne peuvent être opposés aux tiers que s'ils ont reçu publicité par les Livres Fonciers. »

Mais l'avant-projet n'exagère pas le principe : il y a des droits qu'il serait superflu de publier : ainsi les droits de jouissance du mari sur les propres de sa femme, suivant le contrat de mariage, seront suffisamment révélés aux tiers par la connaissance qu'ils auront du régime matrimonial des époux ; ainsi encore, — et c'est l'hypothèse de l'article 13, paragraphe 2, — les droits de la femme sur les immeubles acquis par son mari pendant le mariage, ne seront pas mentionnés explicitement, leur publicité résultant de façon suffisante de la mention du mariage faite en marge de l'inscription de l'immeuble sous le nom du mari.

76. La publicité des mutations à cause de mort fut adoptée sans discussion par la sous-commission à la séance du 7 juillet 1892. Ici encore, on respectait les principes traditionnels : de même qu'on avait main-

tenu la règle fondamentale qu'entre les parties la formalité de l'inscription est sans effet, et que la propriété est transférée par le seul consentement ; de même ici, l'héritier, ou le légataire, reste directement investi à l'instant même du décès de la propriété des biens du défunt. Mais afin de ne pas laisser de lacunes dans la filière des transmissions, et de garantir les tiers en toute hypothèse, l'avant-projet décide que les transmissions de droits immobiliers après décès sont soumises à l'inscription du Livre Foncier.

La généralité même de la règle nous permet de limiter nos explications sur son étendue d'application : toutes les mutations par décès tombent sous le coup de la loi, et l'article 27 ajoute que les restrictions au droit de libre disposition affectant une libéralité testamentaire doivent également être publiées. Par ailleurs, le même article atténue la rigueur du principe, lorsqu'il y a plusieurs cohéritiers indivis en permettant à ceux-ci de ne pas requérir immédiatement l'inscription et d'attendre l'événement du partage.

III

77. Cette publicité ainsi déterminée, quant à son étendue d'application, de quelle manière sera-t-elle sanctionnée ? Quelles seront les conséquences de l'omission de cette formalité ? L'avant-projet répond dans les articles 12, 31, 34, 35, 36.

Le principe est le même que dans la loi actuelle

les actes et les droits qui n'ont pas été publiés ne sont pas opposables aux tiers.

A la séance du 16 juin 1892, la question des successeurs universels de la personne qui a transmis ou constitué un droit auquel la publicité fait défaut, donna lieu à un débat intéressant. Ces successeurs pouvaient-ils invoquer ce défaut de publicité ? Continuateurs de la personne, ils ne devaient pas avoir ce droit. M. Léon Michel fit, à cet égard, quelques réserves : il trouvait inadmissible qu'au bout de 10 ou 15 ans des héritiers se vissent opposer des actes de mutation, du chef de leur auteur, jusque-là tenus secrets ; et il demanda en conséquence que, tout au moins pour les donations, les héritiers fussent libérés de toute obligation, si le droit qu'on invoque contre eux n'avait pas été inscrit avant leur acceptation. La sous-commission n'entra pas dans cette voie : elle maintint les principes anciens, et décida que les successeurs universels ou à titre universel n'étant pas des tiers, subiraient la même loi que les parties elles-mêmes.

78. Restait à déterminer ce qu'étaient les tiers. Au nom du Comité, M. Challamel demandait le maintien de la formule de 1855, un peu élargie : seraient seuls considérés comme tiers ceux qui auraient acquis un droit sur l'immeuble et lui auraient donné publicité. M. Léon Michel préférait au contraire la formule de l'article 941 du Code, désignant comme tiers ceux qui auraient intérêt à invoquer le défaut de

transcription. Ce fut cette formule que la sous-commission préféra et qu'elle adopta par 18 voix sur 39 votants. Les créanciers chirographaires étaient donc des tiers.

79. Le principe de la force probante dominait toute cette matière. La sous-commission y apporta toutefois quelques atténuations, dont l'analyse va nous permettre de limiter exactement la portée du principe. Appliqué dans toute sa rigueur, ce principe devait avoir pour conséquence de faire décider que toutes les fois qu'un droit serait inscrit au Livre Foncier, il conférerait à ceux qui traiteraient à son sujet, une absolue certitude ; et en particulier, le fait que les tiers auraient eu par ailleurs connaissance d'un acte non inscrit, ne pouvait les rendre irrecevables à exciper du défaut de publicité. Le Code Napoléon a admis une fois cette règle rigoureuse, dans l'article 1071, en matière de substitutions permises. Et c'est bien là le principe général que pose l'article 30 de l'avant-projet ; mais à ce principe viennent faire échec deux notables exceptions : l'une au cas de dol et de fraude, ce qui est une solution équitable, qui revient à une application normale de l'article 1382 ; l'autre, à nos yeux plus discutable, lorsque la preuve de l'existence antérieure du droit non rendu public résulte des énonciations mêmes de l'acte dressé au profit du tiers qui se prévaut du défaut de publicité.

80. Relativement aux mutations à cause de mort,

l'omission de la publicité peut donner lieu à des difficultés délicates. Il faut supposer un conflit s'élevant entre l'héritier ou le légataire d'une part, et, d'autre part, un tiers. Ce tiers, il est à peine besoin de l'indiquer, n'est pas une personne tenant du de cujus le droit qu'elle oppose au successeur. Dans ce conflit la publicité ne joue aucun rôle (1). Il s'agit en réalité du conflit entre un successeur véritable (héritier ou légataire), et un tiers qui a contracté avec un héritier apparent, dont le prétendu titre a été inscrit au Livre Foncier. Dans ce cas, l'avant-projet décide que, si ce tiers a traité de bonne foi à titre onéreux, il peut invoquer le défaut de publicité du titre de l'héritier véritable et se réclamer de la force probante de l'inscription. C'est, en somme, la confirmation de la jurisprudence sur les actes de l'héritier apparent ; mais pour éviter les fraudes possibles, l'article 28 laisse un délai de six mois au successeur véritable pour s'inscrire, pendant lequel on ne peut acquérir aucun droit à lui opposable. De la sorte, les intérêts de l'héritier véritable sont suffisamment garantis.

IV

81. Il nous faut maintenant, pour être complet sur cette partie de notre étude, donner un aperçu des dispositions de l'avant-projet sur le temps où l'inscrip-

(1) Cf. d'ailleurs, art. 1038.

tion pourra être utilement effectuée, sur les rectifications à apporter aux inscriptions irrégulières, enfin sur les radiations à effectuer des inscriptions inutiles.

Le dessaisissement du failli, l'inscription d'une aliénation nouvelle, sont des événements qui arrêtent le cours des inscriptions, et sur lesquelles aucune difficulté ne peut s'élever. Les règles actuelles sont maintenues. Mais la sous-commission apporte en cette matière deux innovations intéressantes.

On sait que l'acceptation bénéficiaire d'une succession empêche les créanciers du défunt qui n'ont pas inscrit leur droit avant le décès, de l'inscrire après (1). Il faut, dit-on, que la liquidation soit fixée au moment du décès. Mais, il ne s'agit pas, en réalité, pour le tiers qui fait inscrire son droit après le décès, d'acquérir un droit nouveau ; il se contente de garantir un droit acquis, et c'est peut-être postérieurement à cette inscription que le successeur s'est décidé à n'accepter que sous bénéfice d'inventaire : pourquoi priver le tiers de s'inscrire ? De là, la règle transactionnelle de l'avant-projet que : « l'inscription resterait possible après le décès nonobstant l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la vacance de la succession, pourvu qu'elle soit prise dans un délai de 30 jours à compter de la date de l'opération faite par le défunt ». Règle très sage et qui remédie à un défaut incontestable de notre législation.

(1) Art. 2146.

82. La seconde règle que nous voulions retenir n'est pas moins intéressante, et semble porter atteinte de façon plus sérieuse au principe de la force probante. Supposons une mutation consentie par le successeur universel à propos d'un immeuble sur lequel le défunt a accompli également un acte de disposition : ce dernier acte n'a pas encore été inscrit, L'ayant cause du successeur se prévaut du défaut de publicité et demandera à primer l'ayant cause du défunt. L'avant-projet ne le lui permet pas et décide que ce dernier sera préférable, à condition que son droit soit inscrit dans les 30 jours de l'acte à lui consenti : Il y a là une dérogation évidente aux principes généraux, car entre deux ayants cause du même auteur vivant, ce délai de 30 jours serait sans effet ; mais on peut en user ainsi avec l'ayant cause de l'héritier, car le droit de celui-ci est soumis par ailleurs à des risques plus considérables encore dont cet ayant cause doit tenir compte, et qui rendent dans tous les cas sa situation incertaine (séparation des patrimoines inscrite dans le délai de 6 mois ; action en pétition d'hérédité ; action en revendication du légataire). La raison est sérieuse et, étant donnée la brièveté du délai la règle ne peut jeter beaucoup de gêne dans le règlement de la succession. L'inscription du chef de l'ayant cause du défunt prime toutes celles qui pourraient être requises du chef de l'héritier, si elle est prise elle-même dans les 30 jours de la naissance du droit qu'elle a pour objet de publier (art. 37, § 2).

83. L'article 39 de l'avant-projet traite une question des plus importantes dont nous n'avons pas encore parlé : celle des actes en vertu desquels l'inscription peut être prise.

Le principe est très large : tout acte susceptible de prouver, suivant le droit commun, la mutation soumise à la publicité, est propre à la fonction de titre justificatif de l'inscription. Les actes sous seing privé sont donc suffisants pour requérir celle-ci.

Très facile en ce qui concerne les mutations entre vifs, l'application de la règle de l'article 39 devient plus embarrassante pour les mutations à cause de mort.

Une distinction naturelle s'imposait, suivant qu'il y avait ou non un acte de partage. S'il y a eu partage, et si ce partage est dressé en la forme authentique, aucune difficulté ne se présentera. L'intitulé d'inventaire garanti par le notaire sera un titre suffisant pour faire inscrire.

Mais si le partage a été fait sous seing privé, il ne représente plus une justification suffisante. On doit assimiler ce cas à celui où il n'y a pas eu du tout partage, cas auquel nous arrivons.

84. Ici encore une sous-distinction est nécessaire. Il peut, en effet, y avoir dévolution de biens ab intestat, ou dévolution testamentaire : les règles diffèrent suivant les cas.

S'il y a eu dévolution ab intestat, la solution est facile pour certains successeurs, ceux que le Code

civil assujettit à se faire envoyer en possession (1). Le titre justificatif sera donc pour eux le jugement d'envoi en possession, naturellement entouré de garanties assez sérieuses pour servir de base à l'inscription.

Lorsque, au contraire, il s'agira de successeurs saisis de plein droit, la situation est plus délicate, et la solution a donné lieu à quelques tâtonnements (2). On décida que l'inscription des droits des héritiers légitimes et naturels peut s'opérer en vertu d'un acte de notoriété, ou d'un extrait d'intitulé d'inventaire, sans qu'aucune homologation soit nécessaire ; pour le conjoint, on est un peu plus rigoureux, et on exige que l'acte de notoriété de l'extrait d'intitulé d'inventaire contienne reconnaissance de ses droits par les héritiers, ou qu'il soit appuyé du titre constatant la délivrance (art. 40).

Les garanties sont encore augmentées par l'article 42. Cet article exige que les actes de notoriété, et les intitulés d'inventaire, relatent la déclaration faite par les parties présentes, ou par les témoins, qu'il n'existe pas à leur connaissance d'autres héritiers plus proches ou au même degré.

Ils témoigneront de même qu'il n'y a pas de disposition testamentaire connue d'eux. La sous-commission avait décidé (3) que dans le cas où des dispositions de cette nature existeraient, l'inscription aurait lieu

(1) Art. 767-773.

(2) Cf. Séance du 7 juillet 1892, fasc. II, p. 688 et suiv.

(3) Séance du 7 juillet 1892.

malgré ce, mais avec la mention de ces dispositions et la réserve des droits qui pouvaient en résulter. Le Comité de revision se montra plus rigoureux : il jugea que l'inscription ne pourrait, en ce cas, avoir lieu, et l'avant-projet ordonne en conséquence qu'il sera sur-sis à la formalité de la publicité.

Quant aux dispositions testamentaires (auxquelles on peut joindre les donations de biens à venir), sur quel titre justificatif devra-t-on s'appuyer pour en requérir l'inscription ?

Celle-ci s'opèrera, comme il est naturel, par la production de l'acte de donation ou du testament. Mais pour le légataire universel, dans le cas où il est saisi de plein droit, faute de réservataires (art. 1006), l'inscription ne pourra être obtenue qu'en produisant, avec l'extrait littéral de l'acte qui l'institue, un acte de notoriété ou un intitulé d'inventaire attestant l'absence d'héritiers à réserve.

85. Il existe en dehors des conventions entre vifs et des mutations à cause de mort, une troisième catégorie d'actes en vertu desquels l'inscription peut être demandée : ce sont les décisions judiciaires. L'avant-projet s'en préoccupe dans son article 43.

Cet article pose le principe que seuls les jugements passés en force de chose jugée peuvent servir de base à une inscription. Mais les droits qu'ils constatent seront garantis pendant ce laps de temps, au moyen de la prénotation dont nous avons parlé.

Au contraire, dès que la décision de justice n'est

plus susceptible d'une voie de recours ordinaire, l'inscription peut avoir lieu. Si des tiers contractent alors sur la foi de cette inscription, les droits qu'ils acquerront seront définitifs : et si, par une voie extraordinaire, la décision judiciaire ainsi inscrite venait à tomber, les droits de ces tiers n'en seraient pas moins opposables à tous (1). Il n'en serait autrement qu'au cas de mauvaise foi. Mais la partie qui agit ainsi par voie extraordinaire, peut réserver les droits éventuels qui pourraient être les siens, au cas d'une cassation, par exemple, par le moyen d'une prénotation qui avertira les tiers intéressés.

V

86. Il importe maintenant, pour terminer l'analyse de l'organisation de la publicité des droits réels (autres que les privilèges et les hypothèques), telle qu'elle résulte de l'avant-projet, de dire un mot de la matière importante des radiations.

Matière particulièrement importante, en effet, car avec la force probante, attachée aux inscriptions portées aux registres, les intérêts que met en jeu cette

(1) La sous-commission n'avait posé la règle que pour les tiers acquéreurs à titre onéreux. Le comité de révision modifia le texte et supprima les mots « à titre onéreux » : il n'y a donc plus de distinction à faire.

inscription sont gravement intéressés à ce que la radiation soit faite, et il y a risque de dommage irréparable pour le propriétaire qui néglige de la poursuivre.

Comme dans le droit actuel, la radiation, dans le nouveau projet, ne répond à aucune suppression matérielle, à aucun bâtonnage. Il s'agit d'une mention, d'une « contre-inscription » énonçant que telle inscription est dépouillée pour l'avenir de valeur juridique.

De même que tout acte constatant un droit peut, suivant le droit commun, donner lieu à une inscription, de même, la radiation peut être obtenue en vertu de tout acte ou jugement passé en force de chose jugée, constatant à l'égard de tous la non-existence ou l'extinction du droit inscrit (art. 66).

Que si quelques-uns des intéressés seulement ont été parties au jugement ou à l'acte qui donne lieu à radiation, la mainlevée ne serait pas dépourvue de valeur juridique et aurait effet au moins quant à eux. Une mention indiquerait cette situation particulière. Rien ne s'opposerait à ce que l'acte constatant la volonté des parties, fût fait sous signature privée.

87. Nous savons que, contrairement au système actuel, le conservateur doit procéder à un certain nombre de vérifications en ce qui concerne l'inscription. Pour la radiation, la situation sera la même, et

il y aura donc entre les deux procédures une symétrie qui n'existe pas aujourd'hui. Le conservateur aura à procéder de même que pour l'inscription. Il devra faire les vérifications que nous connaissons, suivant que l'acte sera authentique ou sous seing privé (art. 69), procéder au même examen des pièces à lui fournies (art. 70), faire la mention au registre que telle radiation est opérée en vertu d'un acte sous seing privé, ou d'un acte authentique dressé sur l'attestation des témoins, conformément à l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI, et dans ce cas la radiation ne deviendra définitive, que si aucune cause d'incapacité antérieure à l'acte en vertu duquel on fait radier, n'est inscrite au Livre Foncier dans le délai de 30 jours (art. 71).

88. Reste enfin à envisager un dernier cas : celui où une inscription a été irrégulièrement prise, ou inversement, celui d'une radiation opérée par erreur. L'article 65 vise la première espèce, l'article 73 la deuxième.

La rectification des inscriptions, mentions ou prénotations irrégulières est toujours possible, et un jugement n'est pas nécessaire pour l'opérer. La réquisition des intéressés sera suffisante. Bien plus, le conservateur peut l'effectuer d'office en engageant évidemment sa responsabilité (1).

(1) Cf. avis analogue du Conseil d'Etat du 26 décembre 1810

La rectification se fera par une nouvelle écriture ; l'inscription ancienne devant continuer à figurer sur le registre, et faisant toujours foi pour le temps qui a dû s'écouler entre sa propre date et la date de la rectification.

Au cas d'annulation de radiation, l'inscription rayée à tort ne revivra pas de plein droit et devra faire l'objet d'une nouvelle écriture. Pendant le temps écoulé entre la radiation et le rétablissement de l'inscription, les tiers qui ont traité sur la foi de la radiation ont acquis des droits définitifs auxquels l'inscription nouvelle ne saurait être opposée.

Toutefois, l'avant-projet sacrifié ici en partie le principe de la force probante, en exigeant que les tiers, qui se prévalent ainsi de droits inscrits sur la foi de la radiation, soient eux-mêmes de bonne foi. C'est une solution d'équité, mais qui est discutable, car elle peut compromettre la sécurité des tiers qui ont traité sur la foi de la radiation. La Cour de cassation a adopté le principe contraire, en matière hypothécaire, que semble approuver, avec raison, à notre avis, M. Massigli.

Mais l'inscription rétablie reprendra tous ses effets, comme s'il n'y avait pas eu radiation, à l'égard des droits inscrits antérieurement à la radiation. Il n'y aurait exception que dans le cas où cet effet rétroactif de la nouvelle inscription serait préjudiciable à un tiers, qui, inscrit avant la radiation, aurait plus tard

accompli ou laissé s'accomplir un fait juridique sur la foi de cette radiation (1).

(1) Un exemple est nécessaire pour bien saisir la théorie que nous formulons au texte. J'achète un immeuble et je constate que cet immeuble est sous le coup d'une cause de résolution inscrite. Je prends mes sûretés pour le cas où cette résolution se produirait. La cause de résolution est radiée. J'abandonne les sûretés que je crois inutiles. Or, il se trouve que la radiation a été faite à tort, et que la cause de résolution doit être maintenue, on réinscrira ce droit : mais il ne me sera pas opposable, l'effet rétroactif de l'inscription rétablie ne pouvant me préjudicier.

CHAPITRE V

LA COMMISSION EXTRAPARLEMENTAIRE DU CADASTRE

(Suite)

CINQUIÈME PARTIE

LES PRIVILÈGES ET LES HYPOTHÈQUES

1. Remarques préliminaires.

I.

2. Dispositions générales : attribution de l'indemnité d'assurance — 3. Privilèges généraux — 4. Privilèges spéciaux : publicité — 5. Suppression du privilège du Trésor, et de la loi de 1810 sur les mines — 6. Maintien des autres privilèges avec modifications — 7. Séparation des patrimoines — 8. Discussion — 9. Privilège du constructeur.

II.

10. Biens susceptibles d'hypothèque — 11. *L'Hypothèque judiciaire* — 12. Sa suppression — 13. Procédés proposés pour y suppléer — 14. Critique : Suppression radicale — 15. *L'hypothèque légale* : idée générale des tendances — 16. Solution du Comité — 17. Discussion : a) femme mariée, inscription au moment du contrat de mariage — 18. Inscription au cours du mariage — 19. Inscription avant l'enregistrement ? — 20. Réduction — 21. Subrogation — 22. b) Mineur : cautionnement au lieu d'hypothèque — 23. Détermination par le conseil de famille — 24. Publicité — 25. Inscription après la fin de la minorité — 26. L'hypothèque légale de l'Etat et des communes, du Trésor, etc. — 27. *L'Hypothèque conventionnelle* : la forme — 28. Hypothèque des biens à venir — 29. Garantie hypothécaire d'émission d'obligations : historique — 30. Résolutions de la sous-commission.

III

31. Pas de force probante sauf pour les bons hypothécaires — 32. Droit de préférence — 33. Arrêt du cours des inscriptions — 34. Ouverture de crédit — 35. Intérêts conservés — 36. Améliorations à l'immeuble — 37. Droit de suite — 38. Comment il s'exerce.

IV

39. Forme de l'inscription — 40. Frais — 41. Sanction des irrégularités — 42. Pérennité — 43. Radiation : forme — 44. Radiation forcée. Rectifications.

V

45. Transmission de la créance hypothécaire — 46. Transmission de l'hypothèque indépendamment de la créance — 47. Renonciation tacite — 48. Transmission d'effets créés en vue d'une ouverture de crédit.

VI

49. Causes d'extinction : nouvelle énumération — 50. Prescription — 51. Purge : son maintien — 52. Maintien du terme pour les créances non exigibles — 53. Condition de la purge — 54. Suppression du cautionnement — Purge de plein droit.

VII

55. Le problème du crédit agricole — 56. Dette foncière allemande — 57. Cédulas de Messidor. — 58. Idée générale des propositions du Comité — 59. Défense de l'hypothèque sur soi-même — 60. Critique de cette institution — 61. La sous-commission adopte le principe du bon hypothécaire représentatif d'une créance antérieure — 62. Consentement du débiteur — 63. Division du bon hypothécaire — 64. Forme — 65. Transmission — 66. Pas de mention obligatoire de l'endossement au Livre Foncier — 67. Pas de solidarité des endosseurs — 68. Force probante — 69. Ses limites — 70. Extinction et Radiation.

VIII

71. Résumé et Conclusion.

CINQUIÈME PARTIE

LES PRIVILÈGES ET LES HYPOTHÈQUES

1. La question de la réforme hypothécaire fut le premier objet mis en discussion à la sous-commission juridique du cadastre. Au moment où cette discussion s'ouvrait, un projet ayant pour but de donner une entière publicité aux hypothèques légales, et de supprimer l'hypothèque judiciaire, était en préparation à la Chancellerie. Mais on ne pouvait faire état d'un projet qui n'avait point reçu de formule définitive et la sous-commission passant outre, sans tenir compte des travaux concomitants, commença dès le 25 juin 1891, à modifier les dispositions du Code civil. Les discussions générales, ainsi que les rapports partiels qui les accompagnèrent, le texte de l'avant-projet, le beau rapport général de M. Chailamel, la discussion enfin de cet avant-projet lui-même, tout cela forme une masse considérable de documents, de dissertations, dont il serait superflu de donner ici l'analyse point par point. Nous adopterons la même méthode que dans les chapitres précédents et, prenant pour base de notre exposé les dispositions mêmes de l'avant-projet, nous indiquerons à propos de chacune les discussions qui se sont éle-

vées. Le texte dont nous allons faire l'analyse est celui de l'avant-projet tel que le Comité de revision l'arrêta. Nous aurons à noter plus loin les quelques notifications qui y furent apportées en seconde lecture par la Commission plénière (1).

A un point de vue très général, remarquons que la réforme ne porte en rien sur les caractères essentiels de notre hypothèque actuelle ; même alors que la question aurait paru le plus facilement discutable, à l'occasion de l'organisation du crédit hypothécaire, par exemple (2), elle ne fut même pas soulevée : l'hypothèque reste un droit accessoire, attaché à une créance, et ne saurait être considérée comme un droit principal, existant par lui-même, sans un support juridique. Par là, on écartait la théorie des lois prussiennes du 5 mai 1872 et du Code allemand de 1900, créant l'institution de la dette foncière (*Grundschuld*), pure charge réelle, sorte de convention à responsabilité limitée (3).

Mais tout en conservant le principe traditionnel, l'avant-projet organisait tout un système nouveau de bons hypothécaires dont nous exposerons plus loin les grandes lignes.

(1) Le Comité de révision auquel déjà nous avons fait allusion avait M. Bufnoir comme président, MM. Massigli et Challamel comme rapporteurs généraux et, comme membres, MM. Faye, Falcimaigne, La Borde, Huillier, Fabre, Léon Michel et Fravaton.

(2) Séance du 22 février, du 1^{er} et du 8 mars 1894.

(3) Voyez sur ce point Challamel, étude sur la partie du C. civ. allemand relative aux droits réels. *Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1889, p. 151.

On sait, par les explications fournies au chapitre précédent que, modifiant les règles actuelles à propos de l'autorité à accorder à l'inscription, le projet de la sous-commission reconnaît aux énonciations du Livre Foncier une force probante absolue en fait de droits réels. Il n'en est pas de même pour les privilèges et les hypothèques ; nous verrons que la question fut vivement discutée. La sous-commission estima que, si, pour les droits réels principaux, la chose était possible, elle ne l'était pas pour les droits réels accessoires, en particulier, pour la séparation des patrimoines ou pour les hypothèques légales. On ne peut dire que la femme mariée qui a pris inscription pour la garantie de ses droits et reprises est légalement créancière de son mari ; le même raisonnement s'appliquerait au mineur et à l'interdit. Notons, comme principe général, que l'inscription des privilèges et des hypothèques n'aura point d'autres effets que dans le système actuel.

I

2. Les dispositions générales (C. civ., art. 2092-2094) furent maintenues sans modifications importantes. La question la plus délicate à ce sujet concernait l'attribution aux créanciers privilégiés et hypothécaires, des indemnités dues par suite d'assurance.

La sous-commission ne se trouvait pas, à ce point de vue, en présence d'une lacune complète comme

les Cours et Facultés en 1841, et l'Assemblée législative en 1850. La loi du 19 février 1889 avait commencé la réforme.

« Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux, ou les autres risques sont attribués, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. » Tel était le principe que posait la loi de 1889. Il était excellent, mais le second paragraphe ajoutait : « néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables ». S'appuyant sur cette dernière formule, la jurisprudence décida que la bonne foi serait admise toutes les fois qu'il y aurait eu paiement fait par l'assureur sans précipitation, s'il n'existe d'ailleurs aucune opposition, sans que cet assureur ait rien à faire pour connaître la situation hypothécaire de l'immeuble sinistré, sans même qu'il soit besoin de lever un état d'inscription.

Avec un pareil système, le droit des créanciers hypothécaires risque le plus souvent d'être illusoire ; s'ils n'ont pas eu connaissance du sinistre, ils seront frustrés, la compagnie d'assurances ayant payé à leur insu.

En 1891, M. Royer déposa à la Chambre des députés une proposition de loi décidant que l'inscription prise du chef de l'assuré équivaldrait à opposition. La Chambre l'adopta sans discussion le 18 février 1893, mais le Sénat la repoussa le 23 février 1894.

L'argument essentiel qui avait motivé le vote du Sénat était que la proposition Royer ne serait favorable qu'aux créanciers inscrits, et sacrifierait les autres (1). Or, la sous-commission était bien décidée à supprimer toutes hypothèques occultes, elle pouvait donc reprendre la formule de M. Royer : c'est ce qu'elle fit ; les créanciers hypothécaires seront donc prévenus du sinistre par l'assureur lui-même, qui se sera renseigné au Livre Foncier (2). La loi de 1889 (art. 3), étend le principe à d'autres indemnités que l'indemnité d'assurance (indemnité due par le locataire ou le voisin (art. 1733 et 1382 du C. civ.) ; le texte de l'avant-projet est encore plus général : il fait une application intéressante de la théorie de la subrogation réelle, en étendant la solution à tous les cas où une indemnité est due aux propriétaires débiteurs hypothécaires.

3. Les privilèges généraux ne pouvaient non plus donner lieu à beaucoup de difficultés. La sous-commission vota un vœu sur la proposition de M. Chailamel, portant suppression de cette catégorie de privilèges (3). Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de ce vote : il se ramenait seulement à décider que les privilèges généraux (sauf toutefois les

(1) « Le projet ne va rien moins, disait M. Trarieux, qu'à renverser l'ordre de préférence accordé par la loi aux hypothèques légales et aux privilèges non inscrits sur les hypothèques ordinaires. »

(2) A.-P., sur les privilèges des hypothèques, art. 3.

(3) Séance du 25 juin 1891. P.-V., fasc. 1, p. 219-223.

frais de justice), ne seraient pas opposables aux créanciers hypothécaires. On voulait simplement éviter que ces privilèges généraux occultes venant primer les créances hypothécaires, ne fussent une entrave au développement du crédit (1).

4. Les privilèges immobiliers appellent des observations plus nombreuses.

La sous-commission met au premier rang des créances privilégiées sur les immeubles, les frais de justice faits pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix : c'était la règle normale. La situation de cette créance est unique ; elle est la seule dispensée de publicité.

L'article 10, en effet, pose le principe qu'à l'exception de ce dernier privilège, tous les privilèges ne se conservent que par leur inscription au Livre Foncier : « Alors, s'écria M. Faye, à la discussion générale, il n'y a plus de privilèges ! » Et en effet, les privilèges se rapprochent dès lors singulièrement des hypothèques légales ordinaires. La seule différence sensible qu'on puisse signaler se rencontre à propos du privilège du copartageant. Nous l'indiquerons alors.

5. La sous-commission supprimait deux des privilèges actuels : d'abord le privilège du Trésor pour

(1) Art. 7. Lire les observations de Bufnoir, *l. c.*, fasc. 1, p. 220. — Même solution à la Commission parlementaire de 1850, dans la proposition Pougeard et dans le projet du gouvernement. *Sic* encore loi belge du 16 décembre 1851.

le recouvrement des débets des comptables ; en second lieu, le privilège de la loi du 21 avril 1810 (art. 20) accordé à ceux qui, par acte public et sans fraude, justifieraient avoir fourni des fonds pour les recherches d'une mine, ainsi que pour les travaux de construction ou de confection de machines nécessaires à son exploitation.

Le premier de ces privilèges donna lieu à une discussion assez importante. La sous-commission voulut s'éclairer en prenant l'avis des meilleures autorités sur la matière, et elle demanda au Directeur général de la comptabilité publique, et au chef du contentieux, agent judiciaire du Trésor public, de vouloir bien lui communiquer chacun une note au sujet de la loi du 5 septembre 1807.

Le premier, M. Langalley, conclut à la suppression du privilège (1) ; il reconnaissait bien qu'il pouvait, le cas échéant, présenter quelque utilité ; mais les inconvénients qu'il entraînerait lui paraissaient de nature à provoquer, sans hésitation, sa suppression. Au contraire, M. Rischmann, chef du service du contentieux, déclara que la suppression du privilège lui paraissait constituer pour le Trésor une diminution de garantie regrettable qu'il ne fallait pas sacrifier légèrement, les trésoriers généraux, aussi bien que le Trésor lui-même, étant intéressés à sa conservation (2), MM. Ernest Boulanger, Boutin, Marquès di

(1) Rapport du 7 juillet 1891.

(2) Rapport du 6 juillet 1891. Cf. P. V., p. 246 à 248

Braga insistèrent pour la suppression du privilège, tout en réservant très fermement l'hypothèque légale « sans laquelle il n'y aurait aucune sauvegarde pour les deniers publics ». La sous-commission admit cette théorie.

6. Elle maintint au contraire tous les autres privilèges, mais en y apportant certaines modifications (1).

Le privilège du vendeur voyait étendre son champ d'application. On accordait privilège au coéchangeiste pour les soultes stipulées dans l'acte d'échange et pour les dommages-intérêts pouvant résulter d'une éviction, ainsi qu'au donateur pour les charges et prestations imposées au donataire dans l'acte de donation (art. 9-2°).

Le privilège du copartageant était maintenu, pour les soultes et retours de lots, sur les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte ; pour le prix de la licitation, sur le bien licité ; pour la garantie des lots, sur chacun des immeubles compris dans le partage. C'était, sans y rien modifier, préciser de façon heureuse le droit existant.

Comment ces privilèges se conserveront-ils ? Sans discussion, on décida qu'ils se conserveraient par l'inscription au Livre Foncier sans distinguer aucunement entre celui du vendeur et celui du copartageant entre lesquels, on le sait, la différence est

(1) P.-V., fasc. 3, p. 161 et suiv.

grande dans le système du Code (1). Ici, l'uniformité est complète, l'article 11 décide que l'inscription du privilège se fera sur la présentation d'un bordereau, soit un bordereau spécial, soit le bordereau même de mutation. Et dans ce dernier cas, la mention de l'existence d'une créance au profit du vendeur ou du copartageant pour une somme déterminée, vaut réquisition d'inscription du privilège. Le privilège prendra rang à la date même de la mutation qui en est la cause, s'il est inscrit le même jour que cette mutation. Inscrit plus tard, il ne vaudra que comme hypothèque à sa date. Ainsi, le privilège revient presque à une hypothèque légale ; toutefois, ainsi que nous l'avons dit, le caractère privilégié se manifeste en matière de partage, l'inscription du privilège prise en même temps que celle de la propriété divise permettra aux copartageants de primer toutes les hypothèques consenties pendant la période d'indivision par le co-indivisaire sur le bien mis dans le lot de ce dernier (2). (Art. 19.)

7. L'article 13 de l'avant-projet fait de la séparation des patrimoines un véritable privilège qui donna lieu à un débat important. C'est toute une révolution, s'écriait M. Bufnoir. A la séance du 8 novembre

(1) Le 1^{er} se conserve par la seule transcription du titre de vente, le 2^e par une inscription ; le 1^{er} peut être publié dans un délai de 45 jours ou jusqu'à la transcription de l'acte de revente, le 2^e dans un délai préfixé de 60 jours ; le 1^{er}, après le délai, dégénérant en hypothèque, le second périssant en entier.

Challamel, rapport général, n° 30.

1892, M. Léon Michel fit un lumineux exposé de la question.

Après avoir rappelé comment la séparation des patrimoines qui, en droit romain, était une séparation véritable, était devenue en droit français, une mesure purement individuelle s'analysant en définitive en un droit de préférence de certains créanciers hypothécaires sur certains biens, et indiqué comment la Cour de cassation, en y ajoutant le droit de suite, en avait fait un véritable privilège immobilier, l'éminent professeur ramenait à quatre points essentiels les réformes proposées à la sous-commission.

1° Actuellement, le créancier qui veut bénéficier de la séparation des patrimoines, doit s'adresser à la justice. Or, ceci est fort contestable ; on *exerce* un privilège en justice ; mais on ne le *demande* pas, car il est antérieur à l'action, et ce n'est pas à la justice de l'octroyer : de là, suppression de l'obligation de la demande en justice.

2° Le droit de suite que la jurisprudence reconnaît à la séparation des patrimoines se conserve aujourd'hui par l'inscription prise dans le délai de six mois à partir du décès. Cette inscription produit effet rétroactif à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier, en ce que ceux-ci se voient primés par les créanciers héréditaires inscrits dans les six mois ; mais, à l'égard des tiers acquéreurs du chef de l'héritier, il n'en va pas de même, et il est admis qu'ils n'ont pas à subir l'effet du privilège sur les immeubles par eux acquis. La solution est d'un illogisme

flagrant : il faut raisonnablement décider que, pendant six mois, l'inscription aura effet rétroactif absolu et frappera l'immeuble aliéné antérieurement, aussi bien que l'immeuble hypothéqué.

3° La troisième réforme proposée était de beaucoup la plus importante : l'effet de la séparation des patrimoines est, on le sait, de donner préférence au créancier héréditaire diligent sur les créanciers personnels de l'héritier, mais non sur ses cocréanciers héréditaires négligents, pas plus que sur les légataires. D'où, le créancier héréditaire négligent, qui ne s'est pas fait inscrire dans les six mois, est primé par le créancier personnel de l'héritier, qui s'est inscrit avant lui, mais il vient en concours avec le créancier héréditaire qui a fait diligence. Que vaut cette solution au point de vue théorique, se demande M. L. Michel ? Elle n'est pas satisfaisante, car elle se formule ainsi : la séparation des patrimoines fait acquérir un privilège à une masse de créanciers par rapport à une autre masse ; mais elle ne modifie pas les rapports des créanciers dans la masse héréditaire : or cette idée de deux masses est aujourd'hui inexacte. Et pratiquement, il y a là la source de graves complications. Il conviendrait donc de décider que les créanciers et légataires qui auront inscrit dans les six mois, viendront tous au marc le franc, qu'ils primeront les autres créanciers ou légataires qui auront laissé passer le délai de six mois sans s'inscrire utilement, mais que ceux-ci verront alors leur privilège dégénérer en hypothèque.

4° Enfin, M. L. Michel faisait observer que, sauf contestation, on admet généralement aujourd'hui que le créancier qui a obtenu la séparation des patrimoines ne peut poursuivre l'héritier sur ses biens personnels, que lorsque les créanciers personnels ont été désintéressés : c'est un vieux reste de la conception primitive des deux masses ; mais cela est incompatible avec l'idée du privilège. Les créanciers héréditaires sont créanciers chirographaires sur les biens de l'héritier ; donc ils doivent venir en concours avec les créanciers personnels de celui-ci. Par là, on évite les difficultés pratiques de la solution actuelle ; car à quel moment peut-on être certain que les créanciers personnels ont été payés ?

8. Sur un seul point de ces propositions, M. Challengel présenta des objections. Pourquoi donner une sorte d'hypothèque légale aux créanciers héréditaires qui n'ont pas fait inscrire dans les six mois ? Ils ont suivi la foi du débiteur défunt, donc ils sont de simples chirographaires. De plus, dans le système de M. Michel, un légataire, inscrit dans les six mois, se trouvera préférable à un créancier qui se sera fait inscrire après ce délai. Conséquence grave, que vinrent approuver M. L. Michel et M. Bufnoir, et que la sous-commission ratifia en votant le texte proposé par M. Michel.

Mais, revenant sur cette décision, le Comité de rédaction et d'études décida, au contraire, que le privilège non inscrit dans les six mois ne dégènerait

pas en hypothèque : rien ne justifiait, en effet, cette faveur donnée au créancier négligent, et, d'autre part, cela aurait des inconvénients pratiques sérieux, et aurait lourdement grevé le crédit de l'héritier. D'où le deuxième paragraphe de l'article 13 : « A défaut d'inscription dans le délai de six mois, le privilège cesse d'avoir effet quant aux immeubles. »

Ce délai de six mois fut modifié en seconde lecture et porté à deux mois, sur la proposition de M. Fabre (1). La sous-commission précisa, en outre, à la même séance, que la séparation des patrimoines ne constituerait qu'une garantie individuelle et que l'inscription prise par un créancier ne profiterait qu'à lui, sans pouvoir profiter aux autres.

M. Massigli demanda enfin, à la séance suivante (2), que, au cas de pluralité d'héritiers, le privilège de séparation des patrimoines ne pût être exercé contre chacun de ces héritiers que pour sa part et portion. Solution inacceptable. Comment, en effet, connaître la situation avant le partage : et, même après le partage, le privilège doit garder son caractère indivisible : *totus in toto et totus in qualibet parte*. Sur les observations de M. Challamel, la sous-commission repoussa cette proposition.

9. Restait le privilège des constructeurs. On se rappelle que la Commission de 1850 l'avait supprimé.

(1) Séance du 11 janvier 1900, fasc., p. 232.

(2) 18 janvier 1900, *l. c.*, p. 253.

La sous-commission juridique en vota au contraire le maintien, mais en apportant certaines modifications : 1° les procès-verbaux exigés par la loi devaient être dressés contradictoirement avec les créanciers inscrits ; 2° le président du Tribunal serait seul chargé de la nomination de l'expert ; 3° le délai était réduit de 6 mois à 2 mois. Ces dispositions adoptées sans discussion devinrent l'article 14 de l'avant-projet. L'article 15 maintenait deux autres privilèges de plus-value : celui de la loi du 16 septembre 1807, en matière de dessèchement de marais, et celui de la loi du 17 juillet 1856 sur le drainage. Ces privilèges se conservent par une double inscription.

II

10. Dans la matière des hypothèques, les modifications les plus intéressantes se rapportent évidemment aux hypothèques légales ; mais un certain nombre de points sont intéressants à fixer, sur d'autres parties de ce titre.

Relativement aux biens susceptibles d'hypothèque, l'avant-projet se montre plus large que le Code. Son article 18 reproduit l'article 2118, mais en y ajoutant d'une part le droit d'emphytéose ; d'autre part, les constructions élevées sur le terrain d'autrui, lorsque la propriété n'en est pas immédiatement acquise au propriétaire du sol. Sur le premier point, on ne fai-

sait que confirmer la jurisprudence (1). Par la seconde modification, on prévenait les conflits possibles entre le constructeur et le propriétaire du sol, conflits sur lesquels la jurisprudence ne s'était pas prononcée de façon bien précise (2). Le constructeur pourra hypothéquer si la propriété doit, d'après la convention, reposer sur sa tête jusqu'à une certaine époque. Mais cette hypothèque sera évidemment subordonnée à l'extinction de son propre droit.

II. La question de l'hypothèque judiciaire appelait un plus grave débat. Comme l'Assemblée de 1850, la sous-commission juridique en vota la suppression, non d'ailleurs sans une vive opposition.

La sous-commission abordait cette discussion (dont on connaît suffisamment les éléments) avec les décisions des anciens projets, et l'exemple des législations étrangères pour appuyer sa décision. La proposition Pougeard, le projet du Gouvernement de 1850, le projet de l'Assemblée voté en seconde lecture, et, d'autre part, la loi néerlandaise de 1838, la loi de Genève de 1851, la loi belge (3) de la même année, la roumaine de 1850 (4), portaient toutes cette suppression. En Suisse, l'hypothèque judiciaire n'existe plus

(1) Cass. Req., 19 juillet 1832, S. 32-I- 531 ; Cass. civ. rej. 26 janvier 1834, D. 64-I-83 ; Cass. Req., 22 juin 1885, D. 86-I-268.

(2) Lyon, 14 avril 1868, D. 1871-II-33 ; Cass. Req., 13 février 1872, D. 72-I-256 ; Cass. Req., 5 novembre 1873, D. 74-I-373 ; Paris, 8 février 1892, D. 92-II-409.

(3) Loi hypothécaire belge, 16 décembre 1851, art. 42 et 43.

(4) Code civil roumain ; 4 décembre 1864.

que dans le Tessin, le Jura bernois, et à Neuchâtel (1).

M. Challamel, avec sa haute autorité en pareille matière, combattit devant la sous-commission le principe de l'hypothèque judiciaire, et en démontra les graves inconvénients : complications des ordres, empêchement fréquent de l'ordre amiable, accumulation des poursuites, injustice à l'égard des autres créanciers, préférence injustifiée ne ressortant pas du contrat, et dépendant des hasards de l'audience ; erreur historique indiscutable. Il fut appuyé par MM. Flour de Saint-Genis, Bufnoir, Fravaton. Mais on ne pouvait supprimer l'hypothèque judiciaire, sans essayer de donner par ailleurs une protection efficace aux créanciers contre le débiteur qui veut « s'insolvabiliser » ; ainsi, on pourrait, proposait M. Bufnoir, instituer une sorte d'opposition immobilière frappant d'indisponibilité certains immeubles et profitant à tous les créanciers — ou bien organiser la faillite civile — ou encore, permettre, comme le fait la loi prussienne, à celui qui a un titre exécutoire de prendre hypothèque.

Vivement combattue, l'hypothèque judiciaire fut défendue avec beaucoup de talent par M. le sénateur Milhaud et M. Marquès di Braga. Maintenons l'hypothèque judiciaire en lui enlevant son caractère le plus fâcheux, la généralité. Mais comment la spé-

(1) Cf. Lehr, Des divers régimes hypothécaires de la Suisse.

cialiser ? Qui chargera-t-on de ce soin ? Une longue discussion eut lieu sur tous ces points, à la suite de quoi la sous-commission, refusant de se prononcer, réserva la question, sur la proposition de M. Neymarck, jusqu'après examen des procédés destinés à suppléer à la disparition de cette hypothèque.

12. Le Comité de rédaction, chargé d'étudier ces procédés, proposa de donner au créancier muni d'un jugement le droit de faire inscrire le commandement signifié au débiteur condamné, et de faire profiter tous les créanciers de cette inscription (1). Le Comité voulait par là donner satisfaction au besoin légitime de protection des créanciers, en séparant les deux éléments de l'hypothèque judiciaire : l'indisponibilité, et le droit de préférence ; et, abandonnant ce dernier, qui était le plus critiquable effet de l'institution, il maintenait et développait même l'idée d'indisponibilité en lui donnant effet au profit de tous les créanciers chirographaires. Cette indisponibilité devait résulter d'une inscription du commandement, à partir de laquelle le débiteur ne pourrait plus aliéner sa chose à l'amiable, ni la grever d'hypothèque. L'effet de cette inscription devait durer deux ans, sauf mainlevées antérieures (2).

1) P.-V., fasc. II, p. 209.

(2) C'est le système belge : L. 15 août 1854 sur l'expropriation forcée : art. 15, 25, 27 ; mais, en Belgique, les effets de l'inscription ne durent que 30 jours (art. 15, 2^o et 3^o). M. Challamel critique justement cette disposition dans son rapport du 21 novembre 1891 sur la proposition du Comité.

Ce projet n'était pas sans soulever des objections : et, à la séance du 3 novembre 1892, M. Faye en précisa fort bien quelques-unes (1). La rigueur de la loi actuelle se trouvait en définitive accrue à l'encontre du débiteur. D'abord, par le fait de permettre l'inscription immédiatement après le commandement : un délai est nécessaire, de huitaine, par exemple, entre ce commandement et l'exécution. En second lieu, une indisponibilité même relative (le projet n'interdisait que la vente amiable) est toujours bien discutable : il suffirait que le commandement opérât comme une saisie-arrêt, de manière à n'empêcher l'acquéreur de payer, que faute par lui de faire intervenir le créancier inscrit : ce serait en somme une saisie-arrêt sur le prix de l'immeuble. Rigueur excessive encore dans l'interdiction d'hypothéquer ; il suffirait de décider que les inscriptions hypothécaires postérieures à l'inscription du commandement ne nuiraient pas aux créanciers chirographaires, qui ont fait inscrire ce commandement, mais primeront les non-inscrits. Enfin, l'hypothèque judiciaire se trouve particulièrement justifiée, lorsqu'elle garantit une pension alimentaire. Que faire à l'égard de la pension alimentaire, avec le nouveau projet ? Elle va se trouver sans garantie.

M. Challamel, admettant sans difficulté qu'un délai fût accordé après le commandement, pourvu qu'il ne dépassât pas 15 jours, insista vivement pour maintenir les créanciers chirographaires sur un pied d'é-

(1) P.-V., fasc. III, p. 46.

galité absolue ; c'était, par conséquent, demander le maintien de l'indisponibilité telle que la fixait le texte du Comité, avec faculté pour le débiteur de faire vendre aux enchères. M. Fravatton, revenant sur sa première opinion (1), qui était de supprimer l'hypothèque judiciaire, M. Liotard-Vogt, défendirent contre M. Challamel, le principe de cette institution. M. Masigli et M. Vavasseur insistèrent en sens contraire. Ce fut cette opinion qui l'emporta : le principe de la suppression de l'hypothèque judiciaire fut adopté (2).

13. L'hypothèque judiciaire supprimée en principe, convenait-il de s'en tenir à une suppression pure et simple, ou de chercher des équivalents ? Le Comité prit partie pour la seconde solution, et soumit ses conclusions à la sous-commission le 17 novembre 1892 ; mais ces conclusions étaient toutes différentes de celles que précédemment avait exposées M. Challamel, si bien que ce dernier, au nom de la minorité du Comité, vint les combattre devant la sous-commission.

La question s'analysait en somme dans la fixation des droits du débiteur après l'inscription du commandement, dont nous avons parlé, et se posait aux deux points de vue suivants : effets de cette inscription quant à la faculté d'aliéner ; ses effets relativement à la faculté d'hypothéquer.

(1) Cf. Séance du 23 juillet 1891, fasc. I, p. 320.

(2) P.-V., fasc. III, p. 63.

Relativement à la faculté d'aliéner, le Comité proposait une disposition précisément contraire à celle qu'il avait, la semaine précédente, soumise à la sous-commission (1). L'inscription ne devait plus, dans le nouveau texte, mettre obstacle aux aliénations postérieures consenties par le débiteur ; si une aliénation survient, elle sera valable et opposable au créancier ; mais celui-ci aura le droit, à l'égard de tout acquéreur inscrit postérieurement, de faire surenchère. Ce droit n'existera plus d'ailleurs, si l'aliénation a eu lieu par adjudication publique, soit en justice, soit devant notaire, et si le créancier y a été appelé ; car toutes les fois que la vente n'a pas lieu à l'amiable, on peut faire la purge avant l'aliénation ; mais si l'aliénation est faite à l'amiable, alors on retrouve les effets ordinaires du droit de suite.

Ce premier point, notons-le, ne soulevait pas de difficultés : le Comité de rédaction s'y était unanimement rallié ; et il ne devait pas être soulevé de discussions sérieuses à la sous-commission. Les grosses difficultés portaient sur le second point : la faculté d'hypothéquer.

Relativement à la faculté d'hypothéquer, le Comité adoptait un système maintenant l'indisponibilité, mais en la limitant. Il n'était pas interdit absolument de prendre hypothèque après inscription du commandement : seulement cette hypothèque ne saurait préju-

(1) *Vide supra*, n° 12.

dicier au créancier qui a fait inscrire son commandement. Le prix de l'immeuble devrait être distribué, après acquittement des créances privilégiées et hypothécaires antérieurement inscrites, entre tous les créanciers par voie de contribution ; mais pour les créanciers chirographaires, qui n'avaient point fait inscrire leur commandement, ou qui ne l'auraient fait que postérieurement à l'inscription d'une hypothèque, elle-même postérieure à de précédentes inscriptions de commandements émanées d'autres chirographaires, ils étaient primés par cette inscription intermédiaire.

On se rend compte des difficultés pratiques qu'entraînait une pareille solution. Elle mettait en conflit trois catégories d'intéressés : les créanciers chirographaires dont le commandement a été inscrit ; les créanciers hypothécaires ayant fait inscrire après les précédents ; enfin, les créanciers purement chirographaires.

14. Contre cette réglementation, M. Challamel soutint la thèse (qui avait été la première thèse du Comité) de l'égalité absolue des créanciers chirographaires, ce qui revenait à enlever complètement au débiteur la faculté d'hypothéquer, l'inscription d'un seul commandement devant profiter à tous les chirographaires. Et, en effet, en consacrant à nouveau au profit de certains chirographaires un droit de préférence, le Comité rétablissait l'hypothèque judiciaire avec tous ses inconvénients, et donnait au surplus une facilité de fraude au débiteur.

Il n'y avait qu'une solution logique l'abrogation pure et simple de l'hypothèque judiciaire. On voulait une propriété claire et nette : donc, pas de complications, et pas de tentatives de reconstitution de l'hypothèque judiciaire sous d'autres formes. Ce fut la thèse de MM. Bonjean, que n'osait point complètement accepter M. Challamel, qui se contentait, d'après ce que nous venons de dire, d'interdire simplement l'hypothèque conventionnelle, sauf mainlevée de l'inscription du commandement. Mais, en réalité, la différence était plus dans la forme qu'au fond ; car la solution de M. Challamel se ramenait, en fait, à la suppression radicale de l'hypothèque judiciaire : le crédit du débiteur était complètement arrêté.

Dès lors, la sous-commission avait à choisir entre trois solutions : le maintien de l'hypothèque judiciaire avec publicité et spécialité — la suppression pure et simple — le système transactionnel du Comité qui donnait une garantie au créancier qui faisait inscrire son commandement, sans paralyser complètement le crédit du débiteur.

La sous-commission adopta la solution la plus radicale : elle supprima l'hypothèque judiciaire en repoussant toute addition. Par là, étaient rejetées toutes les solutions transactionnelles ; la sous-commission s'en tenait à la seule conclusion logique : il était inutile de supprimer l'hypothèque judiciaire pour la faire revivre dans une plus ou moins large mesure, au moyen d'équipollents.

15. Nous en arrivons ainsi aux questions les plus délicates de la réforme, concernant l'organisation des hypothèques légales. Il s'agissait de soumettre ces sortes d'hypothèques aux règles essentielles de la publicité et de la spécialité. Il s'agissait, d'autre part, de ne pas laisser sans protection les incapables, auxquels la loi doit toute sa sollicitude. A la séance du 9 juillet 1891, après avoir montré, dans un excellent exposé, les graves inconvénients du système actuel, et le peu de garantie qui en résultait en réalité pour les incapables, M. Bufnoir demanda que l'on obligeât les parties à spécialiser l'hypothèque dans le contrat de mariage, alors que l'on traite d'égal à égal, et à l'ouverture de la tutelle, au moment de la réunion du conseil de famille. Quant à la publicité, on l'assurait en en chargeant le notaire qui passe le contrat de mariage, et le greffier de la justice de paix où a eu lieu le conseil de famille. Que si la femme s'était mariée sans contrat, il n'y aurait pas en principe d'hypothèque légale : il y a dans ce cas présomption de fortune insignifiante, et si cette hypothèque légale était nécessaire, la femme pourrait s'adresser à quelqu'un commis à cet effet, par exemple, au président du Tribunal. Ces observations furent appuyées par M. Flour de Saint-Genis et M. Challamel.

En sens contraire, M. Marquès di Braga vint défendre l'hypothèque générale, légale, à un point de vue particulier : il en demanda le maintien au profit des services publics, comme étant un moyen de coercition nécessaire, à l'égard de ceux qui ont le

manièrement des deniers publics et comme étant, par ailleurs, compatible avec l'organisation générale des livres fonciers. Cette proposition fut écartée après les critiques qu'en firent MM. Dain et Bufnoir. Sur la proposition de ce dernier, la sous-commission décida de discuter sur la base des trois formules suivantes : 1° Publicité des hypothèques légales ; 2° spécialité desdites hypothèques ; 3° protection des intérêts des femmes mariées, des mineurs et des interdits.

La question revenait donc à ceci : l'hypothèque légale du mineur et de la femme mariée existe de plein droit ; mais elle doit être inscrite. Comment obtenir d'une façon régulière l'accomplissement de cette formalité ?

16. M. Challamel, au nom du Comité, proposa les solutions suivantes (1) :

1° A l'égard de la femme mariée, on commettrait le notaire lors du contrat ; après le mariage, suivant la nature de l'acte, le notaire ou le greffier du Tribunal civil serait chargé de la publicité ; à leur défaut, certains parents rapprochés, ou le procureur de la République. On simplifierait la procédure de réduction d'hypothèque au cours du mariage, en faisant juger ces sortes d'affaires en Chambre du conseil et en appliquant les dispositions des articles 861 et suivants du Code de procédure, relatifs à l'autorisation

(1) Séance du 16 juillet 1891.

de la femme mariée. Le système serait complété par l'obligation pour le mari de donner caution dans certains cas, et la nécessité d'une autorisation de justice pour permettre la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

2° Pour les mineurs et interdits, la législation antérieure avait apporté certaines améliorations ; ainsi la loi du 27 février 1880, protégeant les valeurs mobilières du pupille ; mais cette loi offrait bien des imperfections et bien des lacunes.

On pourrait à cet égard, selon M. Challamel, fixer à la réunion du premier conseil de famille, le montant de l'hypothèque légale et déterminer les biens sur lesquels elle doit porter ; le tout sous le contrôle du Tribunal civil. Cette hypothèque n'existerait d'ailleurs que dans le cas où le tuteur serait autre que le père et la mère, et elle ne s'appliquerait point au cas d'administration paternelle ou maternelle. Les notaires devraient communiquer, pour rendre l'application de cette législation plus facile, tous les actes intéressant la tutelle au juge de paix du lieu de cette tutelle ; c'est celui-ci qui serait chargé dans tous les cas d'opérer l'inscription.

M. Faye concluait à peu près dans le même sens ; et de même, M. Bufnoir, qui reconnaissait cependant et signalait dans le système projeté une lacune, pour le cas où les créances de la femme ne seraient pas constatées par acte public. Il déclarait, d'ailleurs, ne pas s'en préoccuper outre mesure et reprenait un mot

de M. le conseiller Faye : « la femme doit être autorisée à se ruiner, s'il lui convient ».

Dans ce système, il existe donc de plein droit au profit de la femme, sinon une hypothèque légale, du moins un titre pour faire inscrire, dès qu'il y a manifestation d'un intérêt quelconque en sa faveur. Lorsque la créance de la femme résulte d'un acte public, c'est à l'officier public qui le rédige à requérir l'inscription, mais quand les créances de la femme ne seront pas constatées par des actes publics, il faut la laisser absolument libre : à proprement parler, la femme n'est pas un incapable.

Au contraire, pour le mineur, il faut étendre plutôt que restreindre la protection qu'on lui doit ; on pourrait donc aller plus loin encore que le Comité et maintenir l'hypothèque légale pour le cas d'administration exercée par un des parents, l'affection paternelle n'étant pas à ce point de vue une garantie suffisante.

17. Les propositions du Comité donnèrent lieu au sein de la sous-commission à de longues et vives discussions ; de l'ensemble de ces discussions et des résolutions générales qui furent votées à la sous-commission le 16 juillet 1891, se dégage un système général dont il convient de donner l'analyse.

On ne discutait pas le double principe de la spécialité et de la publicité, mais pour assurer cette spécialité et cette publicité, des moyens différents furent proposés suivant qu'il s'agissait de la femme ou du mineur.

Pour les femmes mariées, les difficultés étaient d'ailleurs moins grandes que pour les mineurs.

Au moment du contrat de mariage, la détermination de l'hypothèque se fait sur la déclaration même de la future épouse (1), et celle-ci est autorisée à déclarer qu'elle ne prend pas hypothèque : il n'y aura là, d'ailleurs, aucune renonciation pour l'avenir, mais une simple réserve de son droit : « son droit hypothécaire ne disparaît pas pour n'être pas exercé à ce moment, l'inscription seule est différée ». Au contraire, la femme est liée pour l'avenir au cas où elle restreint son hypothèque à certains immeubles du mari (sauf le cas de modification postérieure survenue au gage hypothécaire) (2). Elle conserve ce droit tel qu'il est dans l'article 2140 du Code civil ; mais, au lieu que cet article ne permet la restriction qu'au cas où les parties sont majeures, l'article 23 de l'avant-projet l'autorise, même si les parties sont mineures (3).

18. Au cours du mariage, la détermination se fera de façon différente, selon que la cause de l'hypothèque sera dans un acte notarié, ou dans un acte sous seing privé. Au cas d'acte notarié, le notaire soulèvera d'office la question de l'hypothèque légale et,

(1) Avant-projet, art. 20.

(2) Art. 23.

(3) *Sic* : Loi belge 1851. — Alsace-Lorraine, loi du 24 juillet 1889, art. 18. — Voyez *Annales de Législation étrangère*, art. 19, p. 311.

dans la huitaine de l'acte, il devra prendre inscription.

S'il y a sous-seing privé (ainsi au cas d'un billet souscrit par le mari), deux systèmes sont concevables : exiger l'autorisation de justice pour permettre à la femme de prendre inscription (1). Ce système fut l'objet de vives critiques qui le firent écarter ; ou permettre à la femme d'agir seule sans autorisation, mais seulement pour les créances actuelles qu'elle peut avoir contre son mari, sous réserve d'ailleurs de réduction, de la part du mari, au cas d'inscription excessive. Ce fut le système qui fut adopté (art. 22).

D'autre part, les parents et aussi les créanciers de la femme pourront faire la détermination de l'hypothèque et pourront prendre inscription. Mais il leur faudra une autorisation de justice, qui sera donnée par voie gracieuse quand il s'agit de parents, mais qui ne pourra l'être que par voie contentieuse, s'il s'agit de créanciers.

19. A ce sujet, se posa une difficulté assez sérieuse : l'inscription sera faite autant que possible avant la célébration du mariage, lorsque l'hypothèque résultera du contrat. Lorsque l'hypothèque sera prise au cours du mariage, l'inscription devra être faite dans un délai de huitaine à partir de la rédaction de l'acte notarié : c'est ici que la difficulté se pose.

Fallait-il, en effet, autoriser l'inscription avant l'en-

(1) Système belge, art. 66 et 67.

enregistrement de l'acte, et déroger ainsi à la loi du 22 frimaire an VII ? La loi d'Alsace-Lorraine du 22 juin 1891 l'admettait (1) ; et de même le Comité de rédaction et d'études. A la séance du 24 novembre 1892, le directeur général de l'Enregistrement, M. Liotard-Vogt fit les plus expresses réserves au sujet de cette faculté de faire inscrire avant enregistrement. M. Challamel insista pour le maintien de la solution du Comité : le délai d'enregistrement était trop considérable. La sous-commission s'en tint à cet avis.

20. Cette inscription d'hypothèque, en faveur de la femme, ne se périmera pas : elle durera tout le temps du mariage, et, de plus, pendant un an après l'expiration de celui-ci : c'était le maintien de la règle de 1855.

Quant à la réduction ou à la restriction des hypothèques excessives, l'article 20 de l'avant-projet l'autorise en décidant qu'elle sera ordonnée par le Tribunal statuant en Chambre du conseil : la sous-commission manifeste à ce sujet son désir de ne voir accorder de pareilles modifications qu'avec la plus extrême réserve. L'opération se fera conformément aux articles 861 et 862 du Code de procédure, et le jugement rendu sera susceptible d'appel.

21. Enfin la théorie de la subrogation à l'hypothèque légale reste la même que dans la jurisprudence actuelle (1). Au Comité de rédaction et d'études, quel-

(1) Avant-projet, art. 26.

qu'un demanda qu'une garantie sérieuse fût donnée à la femme contre les abus d'influence dont elle peut être victime de la part du mari (ainsi exiger l'autorisation de justice pour permettre à la femme de renoncer à ses sûretés). C'était une idée excellente, mais qui sortait de la matière des hypothèques. Du reste, la femme ne peut, aux termes de l'avant-projet, renoncer purement et simplement sans subrogation au profit d'un tiers, à une inscription valablement prise (1).

22. L'hypothèque légale des mineurs et interdits reposait, d'après l'avant-projet proposé à la sous-commission, sur les mêmes principes. Quant à la détermination de l'hypothèque, c'est au conseil de famille qu'il incombera de l'effectuer, au moment de l'ouverture de la tutelle. Le conseil sera convoqué à la diligence, soit du tuteur, soit du juge de paix. Il ne sera pas forcé de prendre hypothèque ; mais celle-ci devra alors être remplacée par un cautionnement en valeurs déterminées. Ce cautionnement devait être constitué, d'après le projet primitif, en espèces, rentes et créances sur l'Etat français, ou autres valeurs agréées par le conseil de famille ; sur la proposition de M. Neymarek, l'énumération fut complétée en y admettant les titres sur l'Etat et les actions, obligations et parts d'intérêts, sur lesquelles la Banque

(1) Art. 21, § 2.

de France consent des avances. Au surplus, le conseil de famille était maître de son choix.

Cette faculté de remplacer l'hypothèque par un cautionnement est une innovation marquante de la réforme. Elle était en grande partie empruntée aux législations étrangères : ainsi le Code civil néerlandais de 1838 (art. 397) ; ainsi la loi d'Alsace-Lorraine du 24 juillet 1889 (art. 13) (1) ; la loi badoise du 29 mars 1890 ; le Code civil italien (art. 292-293).

23. Le conseil de famille déterminera le montant de l'inscription en faisant une évaluation provisoire des sommes que le tuteur pourra éventuellement devoir au pupille à raison de sa tutelle ; si la réunion du conseil de famille devait entraîner un retard préjudiciable aux intérêts du mineur ou de l'interdit, le montant de l'hypothèque pourra être déterminé par une ordonnance du juge de paix, sauf au conseil de famille à modifier ultérieurement l'assiette ou le chiffre de la garantie (2). Le Comité de revision ajouta sur ce point une précision qu'avait négligée la sous-commission, en décidant que cette ordonnance serait rendue d'office ou à la demande de toute personne ayant qualité pour requérir la convocation du conseil de famille.

24. L'hypothèque ainsi déterminée, comment assurera-t-on sa publicité ? L'article 32 pose le principe :

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1888, p. 383.

(2) Art. 28, § 2.

« L'inscription doit être prise même avant l'enregistrement, dans la huitaine de la délibération du conseil de famille ou de l'ordonnance du juge à la diligence du greffier de la justice de paix. »

A cette obligation, l'article 38 apporte une sanction, qui est, du reste, la même pour tout officier public se trouvant en ce cas : amende de 100 francs et dommages-intérêts envers les parties. Cette solution soulève des objections : c'était charger les greffiers d'une trop lourde responsabilité. M. Faye demanda que cette charge pesât sur le subrogé-tuteur ; cette proposition fut rejetée (24 novembre 1892).

Le tuteur et le subrogé-tuteur n'en devront pas moins veiller à ce que l'inscription soit prise : et si elle ne l'a pas été, c'est à eux de la requérir ; de même, les parents et alliés du mineur jusqu'au degré d'oncle ou de tante, peuvent faire cette réquisition. Un certificat d'inscription est délivré au tuteur, qui ne peut commencer son administration sans ce certificat.

Toute délibération du conseil de famille donne lieu à un recours devant le Tribunal civil, qui statue en Chambre du conseil : ce recours doit être formé dans le délai d'un mois, et n'a pas d'effet suspensif.

Pour modifier l'hypothèque légale, le juge de paix peut d'office convoquer le conseil de famille pour y pourvoir. Normalement, cette convocation doit être faite sur l'initiative du tuteur ou du subrogé-tuteur (art. 30). Si ces modifications ont leur cause dans un acte authentique, le notaire est tenu d'avertir le juge

de paix, en lui faisant parvenir sous pli recommandé un extrait de l'acte sur papier libre et sans frais (art. 31).

25. A la cessation de l'incapacité, le mineur devenu majeur peut-il prendre inscription ? Sur ce point qui, pour la femme mariée, n'avait pas offert de difficultés (1), le projet passa par des phases diverses.

En 1892, à la séance du 24 novembre, la sous-commission vota un texte qui permettait au pupille de prendre inscription après l'expiration de la tutelle ; mais elle limitait ce droit au délai d'un an. Le comité de révision modifia cette décision et supprima le délai d'un an. Ce délai est absolument inutile, déclare le rapporteur, dans un système qui n'accorde effet à l'hypothèque légale qu'à la date de son inscription (2). L'art. 2 se bornait donc à décider que le pupille, ainsi que l'interdit, pouvaient requérir l'inscription, et il accordait ce même droit à leurs héritiers. Lors de la seconde discussion sur ce texte, M. Fravatton demanda à revenir à la solution du 24 nov. 1892 (3). Le rapporteur et le président s'y opposèrent, objectant que pour prendre une inscription pour un chiffre fixe, il ne fallait pas emprisonner le mineur dans le délai d'un an. On se trouvait en réalité, comme M. Neymark en fit la très juste observation, en présence de délais trop longs ou trop courts : la véritable difficulté était de

(1) *Vide supra*, n° 20.

(2) Rapport général de M. Challamel, fasc. VII, p. 100, note 1.

(3) *L. c.*, p. 286-289.

savoir si le tuteur avait encore, après l'expiration de la tutelle, des justifications à fournir à son pupille. De là, le texte transactionnel auquel la sous-commission se rallia, décidant que le pupille pourrait faire inscrire « jusqu'à l'apurement du compte de tutelle ». Mais à la séance suivante (1), le texte ancien reparut : M. Challamel fit remarquer que la solution adoptée aurait pour conséquence que l'ex-pupille pourrait inscrire son hypothèque légale tant que le chiffre de sa créance serait incertain, tandis qu'il ne le pourrait pas quand le chiffre en serait fixé définitivement ; ce qui était inadmissible. Il insistait donc pour qu'on s'en tint au texte du Comité, qui admettait l'inscription toujours possible, mais ne valant qu'à sa date : ce qui revenait en somme à la solution même de l'article 8 de la loi de 1855. L'ex-pupille était passible de dommages-intérêts à l'égard du tuteur, si l'inscription était prise de mauvaise foi.

26. L'hypothèque légale au profit du Trésor, des départements et des communes (art. 2141 Cod. civ.) était aussi soumise à la formalité de l'inscription. Par cette inscription, cette hypothèque était spécialisée quant aux biens grevés. Quant à la créance garantie, la sous-commission décidait la suppression de l'inscription préventive prévue par l'article 7 de la loi du 5 septembre 1807. Les comptables acquéreurs d'immeubles devront faire la déclaration de leurs titres et

(1) 1^{er} février 1900.

qualités dans les actes translatifs ou déclaratifs de propriété, et le Trésor fera inscrire quand il y aura lieu. Cette obligation est sanctionnée avec une rigueur extrême. Le défaut de déclaration rend les comptables passibles de destitution ; et au cas d'insolvabilité, ils seront poursuivis comme banqueroutiers frauduleux (1).

Le Comité de revision ajoute à cette hypothèque légale, l'hypothèque du Trésor pour le recouvrement des amendes et des frais de justice, ainsi que celle relative aux créances de l'Etat en matière fiscale. L'ancien privilège de la loi du 5 septembre 1807, pour le recouvrement des frais, devient donc une hypothèque prenant rang à sa date (2).

27. Les dispositions du Code civil, à propos d'hypothèques conventionnelles, sont maintenues dans leurs grandes lignes. Il convient toutefois de signaler certaines modifications et innovations (3).

En matière de créances à ordre ou au porteur, l'avant-projet confirme le droit commun : il leur applique la loi commerciale. Il ne peut donc être opposé au cessionnaire que les exceptions de droit commun existant contre les tiers (art. 44). La question ne fut même pas discutée.

Quant à la forme de l'hypothèque conventionnelle, l'article 42 décide, toujours d'après la jurisprudence,

(1) Art. 39, cf. Séance du 8 décembre 1892. P.-V. fasc. III, p. 155.

(2) Art. 39, § 3.

(3) Section III de l'avant-projet.

qu'elle ne peut être constituée que par acte authentique passé en minute *ou en brevet*. La procuration à l'effet de constituer hypothèque, devra aussi être authentique.

Tout ceci ne fait, en somme, que confirmer ou compléter la loi existante.

28. Voici, au contraire, une modification importante : la suppression des biens à venir : « Les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, même à titre de garantie complémentaire, d'une hypothèque de biens présents. » (Art. 8.) Par là, sont abrogés les articles 2130-2131.

Quant aux suppléments d'hypothèque, on sait que l'article 2131 du Code civil donne une option au créancier dont le gage a diminué de valeur : il peut exiger soit le remboursement immédiat, soit un supplément d'hypothèque. Le Comité de revision supprime cette option : sans doute, les deux solutions sont toujours possibles, mais dans un ordre déterminé : le remboursement ne sera que subsidiaire, et, de droit commun, il y aura lieu à supplément d'hypothèque (1).

29. Une innovation plus intéressante vise les garanties hypothécaires données en vue d'une émission d'obligations. La question demande quelques mots d'explication.

Le Code à ce sujet garde le silence, et on le con-

(1) Art. 49.

coût sans peine, étant donnée la situation économique en 1804. Mais le développement commercial et industriel du siècle dernier rendait cette lacune chaque jour plus grave : et la pratique avait dû nécessairement s'ingénier à suppléer au silence de la loi. Les tribunaux avaient admis que les noms des obligataires ne devaient point figurer nécessairement dans l'acte d'obligation, comme cela eût dû se faire, par une interprétation rigoureuse de la loi ; et ils avaient également admis qu'un gérant d'affaires pouvait prendre hypothèque du jour de l'émission. Mais ils maintenaient la nécessité de rédiger en la forme authentique les procurations délivrées par les obligataires, ainsi que les pouvoirs conférés par le Conseil d'Administration à celui de ses membres qui, dans la circonstance, le représentait. De là, une gêne considérable dans les obligations (1).

A côté de l'œuvre de la jurisprudence, des efforts législatifs sérieux avaient été tentés. En 1883, M. Martin-Feuillée proposa des modifications à la loi de 1867 : elles furent discutées au Sénat en octobre-novembre 1884. Celui-ci admit que l'inscription serait prise au nom des obligataires par des commissaires chargés de les représenter ; il n'exigeait l'acte notarié que pour la délibération autorisant l'hypothèque. De plus, adoptant le système (que la sous-commission devait développer) de la prénotation, il permit

(1) Voyez Cass. 23 nov. 1885, S. 86-I-145. — En sens conforme : Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, II, 398.

de prendre une inscription éventuelle qui conservait l'hypothèque à cette date. Ce projet ne fut jamais discuté devant la Chambre.

La loi de 1893 réalisa certaines améliorations dans son article 69 : elle réduisait l'obligation de l'authenticité, en permettant que les pouvoirs donnés par le Conseil d'Administration fussent donnés sous seing privé.

30. Les propositions soumises à la sous-commission reprennent en grande partie les dispositions du projet Martin-Feuillée (1). Les actes préalables à la constitution d'hypothèque sont dispensés de la forme authentique ; au contraire, la promesse de la garantie hypothécaire faite par la Société qui lance l'émission, doit être reçue par acte authentique. Une prénotation rendra publique cette promesse ; et son effet durera six mois, au bout desquels elle devra être transformée par les soins de la Société emprunteur en une inscription définitive (2).

III

31. Nous connaissons maintenant les dispositions de l'avant-projet, relativement à l'organisation des privilèges et hypothèques. Il nous faut maintenant

(1) Art. 83 et 85 du projet Martin-Feuillée.

(2) Art. 42, § 2 et 43 de l'avant-projet.

examiner quels sont les effets des privilèges et hypothèques, comment ils se conservent, comment ils se transmettent, enfin, comment ils s'éteignent. Nous réservons ainsi, pour la traiter à part dans son ensemble, la question de l'organisation des bons hypothécaires, qui forme une des parties les plus intéressantes et les plus originales de cette tentative de réforme.

Il nous faut donc, quant à l'effet des privilèges et hypothèques, mettre complètement de côté ces bons hypothécaires dont nous venons de parler. Pour donner toute la sécurité possible à ceux qui les reçoivent, l'avant-projet les fait participer à la force probante du Livre Foncier ; mais par là précisément, ils font exception à la théorie d'ensemble des hypothèques. Nous avons déjà indiqué, en effet, qu'à l'égard de ces dernières, la sous-commission n'avait pas admis la force probante (1). A ce point de vue, aucune innovation aux principes traditionnels.

32. De façon générale, l'avant-projet conserve les deux grands effets que le Code assigne à la garantie hypothécaire : le droit de préférence et le droit de suite ; mais à propos de chacun d'eux, il apporte des modifications plus ou moins grandes aux règles existantes.

Le droit de préférence se ramène toujours à l'an-

(1) « L'inscription ne couvre pas les irrégularités de l'acte et les vices de la créance. » Art. 69, 2.

cienne règle : *prior tempore, potior jure*. La date de l'inscription fixe la préférence.

Mais, dans le système du Code, cette règle n'est pas rigoureusement appliquée : pour les privilèges, l'effet rétroactif y apporte une dérogation notable. Dans l'avant-projet (sauf pour les frais de justice : art. 9-1°), la règle est absolue ; privilèges et hypothèques ne datent que de l'inscription. Dès lors, il peut sembler (et nous avons déjà fait l'objection) qu'aucune différence n'existe entre les privilèges et les hypothèques.

L'article 70 indique bien qu'une différence existe : « Entre plusieurs créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'ordre de préférence est réglé par la date des inscriptions, sauf ce qui est dit au chapitre II. » Or le chapitre II traite précisément des privilèges. En réalité, comme nous l'avons dit plus haut, la rétroactivité persiste, au moins pour deux de ces privilèges, celui du copartageant qui remonte au début de l'indivision, s'il est inscrit en même temps que la mutation de propriété résultant du partage ; et celui de la séparation des patrimoines qui, inscrit dans les six mois, rétroagit au jour du décès. Mais cette rétroactivité ne peut en aucun cas préjudicier aux tiers qui sont toujours avertis de l'éventualité d'une inscription dans un délai de six mois (au cas de séparation des patrimoines) ; ou qui savent, par le Livre Foncier, qu'ils traitent avant ou après partage avec des co-indivisaires.

33. La question de l'arrêt du cours des inscriptions mérite d'être signalée à deux points de vue.

Sans parler, en effet, de l'aliénation de l'immeuble, qui est une cause d'arrêt sur laquelle il est inutile d'insister, nous trouvons dans l'article 2146 du Code deux autres causes que l'avant-projet reprend de façon intéressante : le jugement déclaratif de faillite ; l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire.

1° La combinaison à établir entre l'article 2146 du Code civil et l'ancien article 443 du Code de commerce avait occasionné des difficultés qui n'ont plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, et que vint solutionner la loi de 1838 : l'article 448 nouveau du Code de commerce devint l'expression de cette solution. Il admet, on le sait, la validité des hypothèques constituées jusqu'au jugement déclaratif de faillite, mais déclare annulables les inscriptions prises après la date de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, si toutefois il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège, et celle de l'inscription.

Moins rigoureux que cet article, l'avant-projet prolonge ce dernier délai qui sera de 30 jours au lieu de 15. Mais surtout, il modifie le principe même du Code de commerce : celui-ci interdit toute inscription postérieure au jugement déclaratif. D'après l'avant-projet, ce jugement ne peut modifier un état de choses existant de façon régulière : si donc une hypothèque a été valablement consentie auparavant, on pourra

toujours l'inscrire, pourvu qu'on soit dans le délai de 30 jours, nonobstant le jugement déclaratif (1).

2° La même solution est admise en matière d'acceptation bénéficiaire ou de succession vacante. L'avant-projet donne au créancier le même délai de 30 jours pour s'inscrire, encore que le constituant soit décédé et que sa succession ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Ces deux solutions sont parfaitement rationnelles.

34. Les inscriptions prises le même jour continuent, dans l'avant-projet comme dans le Code (2), à venir en concours sans tenir compte de l'heure. Quant à l'hypothèque consentie pour sûreté d'une ouverture de crédit, elle prend rang à la date de son inscription sans qu'on ait à avoir égard aux époques de l'exécution. C'est là une disposition nouvelle, qui ne fait d'ailleurs que confirmer une jurisprudence unanime. MM. Aubry et Rau ont justifié cette solution en faisant observer que, dès l'ouverture, le créancier est obligé de tenir des fonds à la disposition du créancier, l'hypothèque étant le corrélatif et la cause même de l'engagement, et garantissant au créancier le remboursement de la créance éventuelle qui naîtra de l'accomplissement de sa propre obligation, actuellement exigible (3).

(1) Art. 71.

(2) Art. 72, art. 2147.

(3) Aubry et Rau § 266, n° 71, III, p. 783.

35. L'inscription ne doit pas seulement garantir le capital de la créance, mais encore, pendant un certain temps tout au moins, les intérêts de ce capital, si la créance est productive d'intérêts. Le Code ayant décidé que par la seule inscription du capital, les intérêts de deux années et ceux de l'année courante seraient conservés, des difficultés s'élevèrent sur le point de savoir quelles étaient ces deux années — et d'autre part, si les intérêts des créances privilégiées étaient conservés comme ceux des créances hypothécaires ; sur ce dernier point, la jurisprudence avait répondu négativement. La loi du 17 juin 1893 mit fin à la controverse en remaniant l'article 2151 ; elle décidait que les privilèges seraient dans la même situation que les hypothèques, et que la somme des intérêts conservés par l'inscription serait égale au montant des intérêts des trois années. C'est le même principe qu'admet l'avant-projet, mais en diminuant le montant de la somme conservée : ce ne sera plus que les intérêts des deux dernières années échues qui seront ainsi garantis par l'inscription.

36. Quant aux effets de l'hypothèque sur les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, ils sont strictement les mêmes que dans le Code civil, l'article 75 reproduisant textuellement l'article 2133 du Code. Rappelons seulement que l'avant-projet donne ailleurs (1) une solution particulière pour les constructions élevées sur le terrain d'autrui.

(1) Art. 18, 4°.

37. Le droit de suite, auquel nous arrivons, donne lieu à des modifications assez sérieuses. Deux droits importants reconnus par le Code à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, sont supprimés par l'avant-projet ; nous voulons parler de la faculté de délaissement et du bénéfice de discussion.

Le délaissement entraîne des complications et des frais, la nomination d'un curateur à l'immeuble délaissé. Il s'expliquait avec le système des hypothèques occultes : on devait des ménagements au tiers détenteur qui se voit soudain opposer des créances ignorées de lui. Mais, dans le système nouveau, le tiers saura toujours, en acquérant, les charges de l'immeuble au sujet duquel il traite ; à lui de prévoir les responsabilités qu'il aura à supporter.

Le bénéfice de discussion (1) est encore plus inacceptable : un acte émané du débiteur restreint l'action du créancier ; déjà le rapporteur de 1850 l'avait condamné ; la loi du 16 décembre 1851 l'a abrogée en Belgique. La solution de l'avant-projet ne pouvait être douteuse.

38. Comment s'exercera le droit de suite ? Ici, l'avant-projet suit fidèlement le Code civil : il y aura tout d'abord un commandement à faire au débiteur principal : après quoi, et sommation faite au tiers détenteur, tout créancier hypothécaire a le droit, dans les trente jours, de faire vendre l'immeuble hypo-

(1) Art. 2170 C. civ.

théqué (1). Le texte de l'avant-projet se borne à préciser un point douteux : le moment où la sommation doit être faite : elle devra l'être après le commandement au débiteur personnel, et même après l'expiration du délai que ce commandement lui impartit.

Les effets de cette sommation à l'égard du tiers détenteur sont les mêmes que dans le Code. Les articles 78 et 79 reproduisent presque textuellement les articles 2175 et 2176 (2).

Après la sommation, le tiers détenteur aura trente jours pour payer (art. 77) ; s'il paye, il aura le recours de droit commun contre son auteur et sera subrogé aux droits des créanciers désintéressés ; de même, s'il a subi, faute de paiement, l'expropriation (art. 80). Enfin il a le droit, toujours conformément aux décisions du Code, d'affranchir l'immeuble qu'il vient d'acquérir par la procédure de la purge (3).

IV

39. Les explications que nous avons longuement données sur l'organisation du Livre Foncier et de la publicité à laquelle ils répondent, nous permettront d'être assez brefs sur la question de l'inscription et de la radiation des hypothèques. A cet égard, l'avant-

(1) Art. 2169 civ., art. 77 avant-projet.

(2) Cf. même solution : L. belge 16 décembre 1851, art. 103-104

(3) Art. 81.

projet élargit le nombre des personnes qui peuvent requérir inscription, en ne fixant pour cela aucune condition (« *toute personne* requérant une inscription etc., etc. »)

L'opération est très simplifiée : l'article 2148 exige la production des titres et actes en vertu desquels on requiert l'inscription, ainsi qu'un double bordereau. L'avant-projet n'oblige qu'à la production de deux pièces : le bordereau et le certificat d'immatriculation.

Le certificat d'immatriculation atteste que la personne qui fait inscrire est bien celle au nom de laquelle l'immeuble est immatriculé : toute une procédure est organisée pour cette immatriculation (1).

Quant au bordereau, il sera authentique s'il s'agit d'une hypothèque conventionnelle (art. 52) ; mais pour les privilèges et les hypothèques légales, il suffira d'un bordereau sous seing privé, signé du requérant. La forme n'en est pas fixée rigoureusement par le projet : cependant l'article 51 énumère cinq indications qu'il doit contenir de façon indispensable : 1° l'indication du feuillet de l'immeuble au Livre Foncier ; 2° les noms, prénoms et domiciles du créancier et du débiteur ; 3° la date et la nature de l'acte dont résulte l'hypothèque ou le privilège ; 4° le montant du capital de la créance et de ses accessoires, le taux des intérêts, et l'époque de l'exigibilité ; 5° l'indication du domicile élu par le créancier dans l'arrondissement. Ce bordereau portant ainsi les men-

(1) Cf. Avant-projet.

tions obligatoires, devra rester entre les mains du conservateur.

Quant au fond, l'avant-projet pose une exigence importante : le bordereau ne pourra plus être toujours reproduit par le conservateur, quelle que soit sa régularité de forme ; il faut que le conservateur le compare aux autres énonciations du Livre Foncier et que ce bordereau soit en conformité parfaite avec ces autres énonciations. Faute de quoi, le conservateur devra se refuser à opérer l'inscription (1).

40. La question des frais est résolue dans l'avant-projet de la même manière que dans le Code ; ils sont, sauf stipulation contraire, à la charge du débiteur. Le nouveau texte se borne à ajouter un alinéa consacrant une dérogation au principe, relative aux tuteurs et administrateurs des biens des aliénés internés. Ceux-ci n'ont pas à supporter les frais de l'inscription prise pour garantie de leur gestion.

41. Au cours de notre étude sur l'enquête de 1841, nous avons étudié en détail la question de la sanction des irrégularités de forme de l'inscription hypothécaire ; nous avons vu également que le projet de 1850 décidait qu'il n'y aurait nullité que dans le cas où il y aurait préjudice (2). C'est la solution qu'adopta l'avant-projet (3). L'existence du préjudice est la seule cause de l'action.

(1) Art. 54.

(2) De même aussi Belgique. L. 16 décembre 1851, art. 85.

(3) Art. 60.

42. Mais l'innovation la plus intéressante sur la matière de l'inscription concerne à coup sûr la durée de son efficacité. Le système de la péremption décennale, établi par la loi du 9 messidor an III, avait été maintenu par la loi de brumaire et était passé dans le Code civil. De nombreuses Cours et Facultés avaient demandé la suppression d'une règle, qui constituait un danger sérieux pour le créancier, et qui était la cause d'un encombrement considérable sur les registres. Le projet du Gouvernement en 1850 supprimait toute péremption ; mais l'Assemblée rétablit une péremption trentenaire.

Le système de la durée illimitée de l'inscription fut consacré législativement par le décret du 28 février 1852, qui organisait le Crédit foncier. L'article 47 de ce décret dispense de tout renouvellement les inscriptions prises au profit de cette société. Dans son ouvrage remarquable sur le « Crédit territorial en France et la réforme hypothécaire », M. Flour de Saint-Genis affirme que la plus ou moins grande ancienneté de l'inscription ne gêne pas les recherches. L'exemple du Crédit foncier était décisif : l'avant-projet décide dans l'article 61 que « les inscriptions ne se périment pas, mais conservent leurs effets jusqu'à la radiation. » (1)

(1) Il n'en est pas de même, remarquons-le encore, pour la prénotation. La prénotation non transformée en inscription régulière dans le délai voulu doit disparaître.

43. Sur la compétence, aucune difficulté ne se pose. Les dispositions de l'article 2156 sont maintenues (1). Quant à la matière des radiations, nous n'avons à signaler que quelques innovations de détail.

Les articles 2157 et 2158 sont maintenus, sauf modifications ~~et~~ texte. Les inscriptions sont toujours requises en vertu d'un acte amiable ou d'un jugement.

Le titre en vertu duquel on prétend faire opérer la radiation doit être rédigé en forme authentique. Sans doute, la mainlevée peut être consentie entre parties par acte sous seing privé. Mais cet acte a pour seul effet de créer un droit au profit du débiteur : celui d'actionner le créancier en mainlevée. A l'égard du conservateur, il faudra toujours, ainsi que le veut le Code, fournir un acte authentique : le notaire sera responsable du défaut de capacité chez celui qui consent la radiation.

44. L'article 2160 énumère les cas où il peut y avoir lieu à radiation forcée, c'est-à-dire où les tribunaux doivent ordonner la radiation. La sous-commission jugea cette énumération inutile et la fit disparaître. La radiation aura lieu sur le vu du jugement qui la prononce, quand celui-ci est passé en force de chose jugée.

Les articles 64, 65, 66, 67 fixent des points de détail sur des cas spéciaux de radiation : il est inutile d'y insister. Un seul est intéressant : la radiation en

(1) Art. 62. L'art. 2159 est toutefois supprimé.

matière de bons hypothécaires ; nous le retrouverons plus loin.

Que si, enfin, et pour en terminer avec cet ordre d'idées, la radiation s'était faite de façon injuste ou irrégulière, il faut que le créancier puisse faire valoir ses droits. Nous rentrons ici dans la théorie générale que consacre l'article 73 de l'avant-projet sur les Livres Fonciers, et que nous avons examinée en son lieu. L'avant-projet sur les hypothèques ne fait ici qu'une application particulière d'un principe plus large en décidant que l'inscription rayée, et rétablie ultérieurement, ne peut produire d'effet qu'à la date de son rétablissement au regard des tiers qui ont acquis des droits de bonne foi sur l'immeuble et leur ont donné publicité avant la radiation. Elle a au contraire toute sa force contre les ayants-droit inscrits avant la radiation, à moins qu'il n'en doive résulter un préjudice pour ceux-ci, par suite de faits accomplis ou acceptés par eux de bonne foi, sur le vu de cette radiation (art. 68). Nous avons donné plus haut un exemple pratique de cette situation (1).

(1) *Vide supra*, ch. IV, n° 88, p. 477

La radiation de l'inscription hypothécaire garantissant une émission d'obligations s'opérera sur la mainlevée du représentant des obligataires, ou sur le vu d'un jugement, après justification de la part de la Compagnie.

V

45. Tout un chapitre de l'avant-projet est entièrement nouveau, ne correspondant à aucun chapitre analogue au titre des hypothèques dans le Code civil : c'est le chapitre VII concernant la transmission des privilèges et hypothèques, matière importante, à laquelle nous arrivons maintenant et sur laquelle une réglementation s'imposait.

La situation se présente sous deux aspects : la transmission de la créance hypothécaire elle-même ; la transmission de l'hypothèque seule, abstraction faite de la créance garantie.

Actuellement, sur le premier point, le droit commun s'applique aux termes de l'article 1690. Nous avons montré les défauts de ce système : la formalité de l'article 1690 (signification du transport faite au débiteur) n'avertit pas les tiers de façon suffisante. Au cas de subrogation (art. 1250), l'exigence posée par la loi que l'acte d'emprunt et la quittance soient dressés par un notaire, n'avertit pas davantage les intéressés (1).

La Belgique fournissait sur ce point une indica-

1) En fait, la pratique corrige ici la loi. Les notaires qui reçoivent un acte de subrogation en donnent avis au conservateur des hypothèques qui le mentionne en marge de l'inscription originale.

tion. L'article 5 de la loi du 16 décembre 1851 porte que « la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, de même que la subrogation à un droit semblable, ne pourra être opposée aux tiers, si elle ne résulte d'actes énoncés en l'article 2 (c'est-à-dire d'un jugement, d'un acte authentique, ou d'un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire) et s'il n'est fait en marge de l'inscription mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties. »

Or cette disposition n'a produit que de fâcheux résultats ; les formalités de l'article 1690 subsistant à côté, des difficultés sérieuses se sont élevées sur les conséquences que devraient avoir l'omission de ces catégories des formalités, l'ordre de leur accomplissement, en un mot, sur les effets respectifs à attribuer à l'une et à l'autre.

En l'état de cette expérience, que décide l'avant-projet ? Il sépare distinctement les deux formalités, et à chacune il assigne un effet bien défini. La signification* de l'article 1690 est toujours exigée ; elle opérera le transfert de la créance. Mais à cette formalité, l'avant-projet ajoute la mention de la cession ou de la subrogation au Livre Foncier (1). Jusqu'à cette mention, la créance est bien transférée, par suite de l'accomplissement des formalités de l'article 1690 ; mais la garantie qui l'accompagne reste

(1) Art. 82.

précaire, en ce sens que le titulaire dernier inscrit, peut, quoique ne possédant pas la créance en fait, donner valablement mainlevée de la garantie.

46. Il fallait aller plus loin, et permettre le transfert de l'hypothèque indépendamment de la créance.

Remarquons que le Code ne paraît pas répugner à cette conception : la théorie de la novation nous fournit un exemple assez frappant de la possibilité pour le créancier de réserver au profit d'une nouvelle créance, les garanties qui entouraient une créance disparue, la créance novée (1). La pratique de la subrogation à l'hypothèque légale est un autre exemple de cette faculté de détacher la garantie de la créance, et d'opérer transmission de la première, sans toucher à la seconde.

Les consécutions législatives qui ont confirmé cette dernière pratique ont contribué à préciser la théorie (décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de crédit foncier, articles 8 et 20 ; — Loi du 23 mars 1855, art. 9 ; — enfin Loi du 23 février 1889). L'avant-projet n'apporte à cette législation aucune modification de principe : il simplifie les dispositions de la loi de 1889 ; l'hypothèque légale pouvant être assimilée à une hypothèque conventionnelle, au regard des tiers, il n'y avait pas de règles spéciales pour l'acquéreur d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale (on sait qu'on avait précisément reproché à la

(1) Cf. Art. 1278.

loi de 1855 de ne permettre la subrogation à l'hypothèque légale, qu'en faveur des créanciers du mari cessionnaires de cette hypothèque, mais non en faveur de l'acquéreur de l'immeuble grevé). La nécessité de l'acte authentique (loi de 1889) était maintenue, et il était décidé que les cessionnaires de l'hypothèque ne seraient saisis que par la mention au Livre Foncier. Il était inutile d'exiger de l'acquéreur qu'il fit inscrire l'hypothèque, la règle de la publicité étant absolue (1).

47. Par simple prétérition, l'avant-projet supprime la disposition de la loi de 1889, relative à la renonciation tacite de la femme mariée à son hypothèque. Cette loi énumérait limitativement les cas de renonciation tacite. L'avant-projet laisse à ce point de vue toute liberté d'appréciation au juge.

48. Les deux articles 84 et 85 comblent une lacune importante du Code, relativement aux effets créés en vue d'une ouverture du crédit.

L'avant-projet ici encore ne fait que confirmer et préciser la pratique existante. Le Code civil, aussi bien que le Code de commerce étaient restés muets sur la question ; mais la jurisprudence s'est désormais fixée et peut être ramenée aux propositions suivantes : l'hypothèque consentie en vue d'une ouverture du crédit remonte au jour de la convention : elle

1) Art. 83.

se transmet par simple endossement ; elle vaut jusqu'à concurrence du solde final.

Ce sont là les solutions mêmes de l'avant-projet. Celui-ci fixe de plus le point délicat de savoir qui pourra donner mainlevée. Ce sera toujours le créancier tenu personnellement envers les tiers porteurs ; il n'abandonnera pas sa propre garantie. Mais pour éviter toute collusion, les tiers porteurs pourront par exploit faire opposition, au moyen d'une notification au conservateur, à tous actes de mainlevée ou autres qui pourraient porter atteinte à leurs droits.

VI

49. Le dernier ensemble des questions qui nous reste enfin à examiner, en réservant la question du crédit hypothécaire, concerne l'extinction des privilèges et des hypothèques. L'énumération des causes d'extinction fait tout d'abord l'objet d'une refonte de la part du Comité de revision. L'avant-projet en prévoit six qui sont : la renonciation du créancier, l'extinction de l'obligation principale, la purge, la perte totale de la chose grevée, la réduction prononcée en justice, la déchéance, faute de production dans les délais en matière d'ordre (1).

Ainsi le projet ajoute à l'énumération du Code cer-

(1) Art. 87.

taines causes d'extinction (perte totale de la chose ; réduction ; déchéance) ; mais il en supprime une : la prescription.

Les additions ne sont en réalité que de pure forme : ce sont des précisions de rédaction qui ne modifient pas au fond l'état de choses existant. Pour la renonciation (1), notons toutefois qu'une disposition spéciale intervient pour régler la capacité nécessaire à l'effectuer. Cette capacité devra être la même que celle exigée pour disposer de la créance elle-même : ce n'est là, d'ailleurs, que l'expression d'un principe unanimement admis, mais que l'article 2157 du Code civil ne précisait pas suffisamment (2). Au contraire, nous constatons une innovation réelle dans la suppression de la prescription de l'hypothèque, comme cause d'extinction de cette dernière.

50. La théorie d'une prescription spéciale de l'hypothèque est, on le sait, d'origine romaine. Les pays de droit écrit (3) et certains pays coutumiers avaient reçu la loi *cum notissime* qui laissait survivre l'hypothèque dix ans après la prescription de la créance. Nous avons critiqué plus haut cette disposition, à la fois incohérente et dangereuse, qui crée une double

(1) Rappelons que l'avant-projet admet la renonciation tacite et que le juge a sur ce point plein pouvoir d'appréciation. *Supra* : n° 47.

(2) Le Code japonais (*Livre des garanties des créances*) distingue, quant à la capacité, entre la renonciation à titre gratuit et la renonciation à titre onéreux.

(3) Sauf le Parlement de Toulouse.

prescription, et qui permet au tiers détenteur d'usucaper l'immeuble avant que le créancier ait pu agir si son action était paralysée par l'existence d'un terme ou d'une condition.

Il faut donc approuver l'avant-projet d'avoir rompu avec cette solution ambiguë et compliquée. Droit accessoire, l'hypothèque s'éteindra avec la créance principale qu'elle garantit, sans qu'il y ait à distinguer une prescription spéciale (1).

51. Le dernier mode d'extinction sur lequel il convient d'examiner l'avant-projet, consiste dans la faculté d'affranchir l'immeuble par la procédure de la purge.

Ici encore, des modifications de détail ; mais pas de changement du principe même. La purge est maintenue.

La question de ce maintien pouvait et devait se poser. S'il est vrai, en effet, qu'inconnue des Romains, la purge n'ait fait, dans notre ancien droit, son appa-

(1) Les législations étrangères ne fournissent pas à ce sujet d'exemples bien satisfaisants. La loi belge de 1851 (art. 108) a adopté un système bâtard qui maintient l'art. 2130 du Code civil, mais supprime la prescription de 10 à 20 ans. (Laurent XXXI, n° 388) Le Code civil italien (art. 2.030) admet la prescription trentenaire même pour le tiers détenteur « suivant les règles contenues au titre de la prescription », formule équivoque qui laisse indécis le point de savoir si, conformément à ces règles de la prescription, il convient de diminuer les délais en faveur de la bonne foi (Huc. Code civil italien et Code Napoléon, I, p. 355). — Le Code civil de l'Empire du Japon distingue lui-même entre le débiteur et le détenteur, et complique encore la situation par une sous-distinction entre l'acquéreur du débiteur et un tiers ordinaire. Art. 295-298.

rition que pour pallier aux inconvénients de l'hypothèque occulte, pour « nettoyer » de façon certaine l'immeuble que l'on voulait acheter (1), la disparition de l'hypothèque occulte semblerait devoir entraîner la disparition de la purge (2). Cependant, le droit intermédiaire, qui ne connaissait pas d'hypothèques occultes, a maintenu la purge (lois de Messidor et de Brumaire). Et l'avant-projet fait de même, ce dont on ne saurait que l'approuver. Même sous un régime de publicité absolue, la purge garde encore ses avantages : elle permet de fixer le prix dans une vente à l'amiable, et surtout, elle garantit les créanciers contre la fraude. Ce sont là deux raisons suffisantes de son maintien.

La disparition des hypothèques occultes entraînait, d'ailleurs, la disparition de la dualité de purge que connaît notre droit actuel : il n'y aura plus désormais qu'une seule purge, celle des hypothèques inscrites.

52. A cette purge ainsi maintenue, l'avant-projet apporte, dans son article 90, une modification importante et, du reste, pleinement justifiée. Aux termes de cet article, l'acquéreur doit se déclarer prêt à acquérir ou à consigner le montant des dettes exigibles et « se reconnaître personnellement tenu de celles non exigibles » jusqu'à concurrence du prix. Par là, était réparée une des plus graves imperfections de la

(1) Cf. Loyseau, *Traité du déguerpissement et du délaissement par hypothèque*. III, I, 16, p. 79.

2) Les législations allemandes ne connaissent pas la purge.

purge actuelle : celle que consacre l'article 2184 en obligeant l'acquéreur d'un immeuble à déclarer en notifiant son contrat « qu'il est prêt à acquérir sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles et non exigible ». La conséquence d'une telle disposition était de fausser complètement les conditions du contrat primitif, et forcer le créancier qui a compté sur un terme à recevoir un paiement anticipé, à empêcher l'acquéreur de bénéficier des délais que pouvait invoquer son auteur. Il convenait donc, par la suppression de cette règle, de décider que les conditions du contrat seraient respectées et que la purge ne saurait les modifier : c'est ce que fait l'article 90 (1).

53. Les conditions mêmes de la purge ne subissent pas des modifications profondes. La sous-commission se refuse à accomplir une réforme que l'opinion semblait réclamer, et qui eût consisté à étendre la faculté de purger à d'autres personnes que l'acquéreur, spécialement au créancier ; on ne peut que le regretter. Les offres se feront aux créanciers ins-

(1) Ainsi, l'avant-projet revient à la loi de brumaire an VII (art. 30, 3^o). Le Code suivait, au contraire, dans son art. 2184, la tradition de l'ancien droit (Pothier, *Traité de la procédure civile*, IV^e partie, c. II, § 2, art. 14.) Cf. Labbé, *De la purge*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XIX, p. 270. La loi de Messidor an III avait suivi la même tradition (art. 103).

Voyez encore sur la question dans le sens du Code la déclaration de Tronchet (*Motifs du Code civil*, édit. Didot, II, p. 728) ; dans le sens de l'avant-projet, le Rapport de Vatimesnil.

La loi belge avait déjà consacré la réforme. L. 16 décembre 1851, art. 113.

crits dans les conditions de l'article 2183, la transcription dont parle cet article étant remplacée par l'inscription au Livre Foncier. Au cas de vente globale, il y aura lieu à ventilation, et lorsqu'il y a donation, à évaluation. Tout cela n'est que le maintien de la situation existante.

L'avant-projet modifie cependant cette situation sur deux points. Alors que le Code ne parle d'évaluation qu'à propos de donation, l'avant-projet, confirmant en cela la jurisprudence, étend cette formalité au cas d'échange et de legs. D'autre part, moins rigoureux que la jurisprudence, qui admet qu'une simple inexactitude dans la ventilation du prix de l'immeuble peut entraîner la nullité des notifications, et par suite la forclusion du droit de purger, l'avant-projet laissant aux créanciers intéressés le droit de contester la ventilation et de la faire rectifier, permet à l'acquéreur de faire de nouvelles sommations, notwithstanding l'expiration du délai de 30 jours (1).

54. Les formalités que prévoit l'avant-projet pour aboutir à la purge, sont les mêmes que dans le Code civil, mais avec cette amélioration que la surenchère du dixième y est facilitée. Il faut, d'après le Code civil (2), que le surenchérisseur fournisse caution jusqu'à concurrence du prix et des charges ; ou, d'après le Code de procédure (3), qu'il donne un nantissement

(1) Art. 93, 2°.

(2) Art. 2185, 5°.

(3) Art. 832.

en argent ou en rentes sur l'Etat. C'est là une lourde charge pour le surenchérisseur. Le projet de 1850 avait, on se le rappelle, réduit le montant du nantissement à un dixième du prix. L'avant-projet va plus loin : il admet que le surenchérisseur soit dégagé de toute obligation. Les tribunaux apprécieront : toute liberté leur sera laissée pour décider si le surenchérisseur devra ou non fournir caution.

Rien de saillant n'est à retenir des derniers articles de l'avant-projet. L'article 2189 du Code est supprimé : les articles 2190 et 2191 sont maintenus ; à l'article 2191, l'avant-projet se borne à ajouter aux sommes pour lesquelles l'acquéreur aura recours, les frais de procédure dont ne parle pas le texte du Code.

Enfin l'article 98, le dernier de l'avant-projet, nous indique les cas dans lesquels la purge aura lieu de plein droit : « La purge, dit cet article, a lieu de plein droit dans les adjudications publiques sur saisie-immobilière ou sur surenchère, suivies du paiement ou de la consignation du prix. Il en est de même au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, sauf le droit pour les créanciers de requérir la fixation de l'indemnité, conformément à l'article 17 de la loi du 3 mai 1841. »

VII

55. Il ne suffisait pas à la Commission du cadastre de rendre à la fois plus simple, plus claire et plus sûre, l'organisation du système hypothécaire. Ses

ambitions allaient plus loin, et c'est une organisation nouvelle du crédit immobilier en général que désiraient la plupart des membres qui la composaient. C'était là une entreprise hardie, qui sortait peut-être un peu du cadre de la réforme hypothécaire ; il faut ajouter que la sous-commission juridique semblait animée de tendances assez audacieusement novatrices, pour laisser craindre, à ce sujet, des expériences dangereuses. Il n'en fut rien : et encore que nous fassions dès l'abord des réserves sur l'utilité et la valeur de cette partie de la réforme, nous devons reconnaître que la sous-commission n'a point suivi les opinions excessives que certains de ses membres vinrent soutenir devant elle, et que le projet de réforme auquel elle s'est arrêtée se limite en somme à une tentative assez simple de mobilisation des valeurs hypothécaires.

La question du crédit agricole consiste en définitive à résoudre l'antinomie, bien souvent mise en lumière entre les deux éléments qu'implique ce crédit. Le propriétaire foncier a besoin de disposer d'un très long laps de temps, pour pouvoir, avec les capitaux qui lui sont confiés, reconstituer d'abord sa terre, puis amortir progressivement sa dette. D'autre part, le prêteur de deniers ne pourra pas accepter, le plus souvent, cette longue immobilisation de ses fonds ; s'il trouve son avantage à avoir son argent ainsi placé, il se refuse ordinairement, en revanche, à consentir des échéances supérieures à cinq ou dix ans, et bien des circonstances peuvent, d'ailleurs, in-

tervenir, qui lui feront désirer rentrer immédiatement dans son capital. De là, la création d'un intermédiaire entre le prêteur et l'emprunteur, sous la forme de société de crédit ; mais ce n'est là qu'un remède indirect. La solution la plus complète et la plus harmonieuse, consisterait à permettre à la fois au propriétaire foncier de garder par devers lui, pendant une durée considérable, les sommes qu'il a empruntées, et au capitaliste prêteur, de réaliser son titre hypothécaire lorsque cela lui paraîtrait utile.

56. Deux institutions, trop connues pour que nous voulions longtemps insister sur elles, pouvaient servir d'indications à la Commission.

Les lois prussiennes du 5 mai 1877 ont organisé, sous le nom de dette foncière, *Grundschild*, une sorte d'hypothèque profondément différente de notre hypothèque française. Ce n'est plus comme cette dernière, un droit accessoire, garantissant l'exécution d'une convention, et ne pouvant exister sans elle : c'est une pure charge réelle existant par elle-même indépendamment de toute obligation personnelle et de toute créance, se ramenant à un rapport exclusif entre une personne et une chose. De là, cette conséquence essentielle, que l'existence de la dette est liée à l'existence de la chose et que, celle-ci venant à disparaître, la dette disparaît par le fait même. Le propriétaire emprunteur n'est lié en rien au créancier, et celui-ci, au cas de non-paiement, n'a jamais de recours contre celui-là.

Cette institution ne rencontra pas une très grande faveur à la sous-commission : elle fut à peine discutée ; et l'opinion générale sembla s'en écarter de parti-pris. Les inconvénients en sont, en effet, manifestes. On aboutit à cette conséquence choquante qu'un emprunteur dont le gage (sur lequel repose la Grundschild) devient insuffisant, peut garder par-devers lui l'argent qu'il a touché, sans que le prêteur ait sur lui la moindre prise. La responsabilité limitée peut parfois offrir des avantages et être salutaire pour le débiteur ; ce ne sera le plus souvent qu'en sacrifiant le créancier : et c'est lui qui doit être le plus énergiquement protégé (1).

57. Le décret de messidor an III, organisait une autre institution qui fournit un exemple intéressant de l'hypothèque indépendante de toute créance.

On sait qu'il instituait l'hypothèque sur soi-même, et un mot de précision suffira à en rappeler les points essentiels : Tout propriétaire foncier pouvait prendre hypothèque sur son propre immeuble, jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur capitale. Il devait, pour cela, faire dans les formes prescrites par la loi, la déclaration de ses biens, et en justifier au conservateur des hypothèques, qui lui délivrait alors une ou plusieurs cédules, transmissibles par endossement et valables pour

(1) Ce système a été toutefois adopté dans le projet Dain relatif à l'Algérie.

un temps déterminé, ne pouvant excéder dix ans. C'étaient les cédules hypothécaires, véritables assignats privés, devant circuler comme de la monnaie, et ne portant point d'intérêts, pour que l'assimilation à la monnaie fût complète. Il fallait donner à ces cédules une qualité essentielle : garantir qu'elles ne répondraient pas à une valeur supérieure à celle de l'immeuble qu'elles représentaient. L'article 36 du décret résolvait la question par une disposition grave : le conservateur devait être garant de la valeur capitale annoncée par la cédule. C'était là une charge bien dangereuse, à laquelle le conservateur essaierait à coup sûr de se dérober : de là, l'article 48 du même décret, qui institua une procédure d'expertise à l'effet de couvrir le conservateur : « Dans le cas où le conservateur des hypothèques prétendrait qu'il y a forcément de la valeur dans la déclaration foncière du bien du requérant, il en sera fait estimation par experts à sa diligence » ; et toute la quatrième partie du chapitre II du Décret de Messidor réglait de façon minutieuse les conditions de cette expertise (art. 49 à 83).

Ce système, nonobstant l'erreur commune, a été mis un certain temps en exécution (*vide supra*, chapitre I) ; mais les circonstances extrêmement troublées de l'époque où il fut appliqué, empêchent que l'on puisse tirer un enseignement satisfaisant de cette expérience.

58. Le Comité de rédaction et d'études qui était

chargé d'apporter des propositions à la sous-commission semblait contraire à cette institution. Il n'admettait pas qu'il puisse y avoir d'hypothèque indépendante d'une créance, et qu'on pût rompre avec la doctrine traditionnelle qui ne voyait dans l'hypothèque qu'un droit accessoire. Il soumettait donc à la sous-commission une théorie d'ensemble tendant à mobiliser le plus possible le gage hypothécaire au moyen de bons ou d'obligations foncières, dont tout à l'heure nous étudierons le fonctionnement ; mais les bons ne devaient être que des fractions, facilement transmissibles, d'un titre hypothécaire ordinaire. Et cependant, en réalité, les propositions du Comité aboutissaient à la constitution fréquente d'une hypothèque sur soi-même : l'article 6 du texte projeté permettait, en effet, de négocier les titres après remboursement, l'inscription continuant d'avoir effet à son rang. De la sorte, on se trouvait en présence d'une hypothèque ne correspondant plus à aucune créance, et de bons hypothécaires fonctionnant à l'instar des cédules de l'an III.

59. Il y avait là un fort argument en faveur de ceux qui, au sein de la sous-commission, voulaient le rétablissement intégral de l'hypothèque sur soi-même (1). M. Yves Guyot en fut le défenseur le plus ardent, et avec lui M. Milhaud et M. Neymarck. Le

(1) Voyez les longues discussions à ce sujet pendant les trois séances de la sous-commission, des 22 février, 1^{er} et 8 mars 1894, (P.-V., fasc. V, p. 491 à 596.)

propriétaire devrait, d'après eux, avoir à tout moment le droit de requérir du conservateur la délivrance des bons hypothécaires. Il aurait alors négocié ces bons au fur et à mesure de ses convenances ou de ses besoins.

Ce système peut se défendre par quelques considérations, du reste assez discutables. On peut dire qu'il augmente la liberté du propriétaire qui pourra à loisir, sans que rien puisse le gêner, constituer ainsi une hypothèque sur lui-même, et n'aura pas à attendre le moment toujours difficile où il lui faudrait négocier un emprunt. De plus, cette obligation, ainsi dégagée de toute créance, paraît offrir de plus grandes facilités de transmission, et devoir supprimer l'entremise fâcheuse des agents d'affaires. Des banques pourraient escompter ces obligations hypothécaires, en se renseignant sur la valeur du gage. De la sorte, on rendrait un grand service au crédit foncier, en augmentant la mobilisation et la circulation de la terre. Et si, de la sorte, on permet au propriétaire d'emprunter avec le plus de facilité possible sur sa terre, on lui permet de rembourser également son emprunt le plus facilement possible ; ce n'est, en effet, qu'une fraction de son titre, de sa propriété qu'il remet en nantissement, au lieu que si, aujourd'hui, le propriétaire emprunte sur un titre de propriété, c'est tout son titre qu'il met dans la caisse du prêteur.

60. On voit assez que ces raisons ne sont pas con-

cluantes et qu'il ne convient pas de s'y arrêter longtemps. L'hypothèque est, dans notre droit, entourée de garanties spéciales, solennelles ; et cela est très sage, parce que l'hypothèque est un acte dangereux. Cette solennité n'enlève en aucune façon sa liberté au propriétaire, qui pourra emprunter quand il le voudra, si le gage qu'il offre à ses créanciers est suffisant. Il n'est pas vrai, d'autre part, de dire que l'institution de l'hypothèque sur soi-même va favoriser le remboursement, en limitant l'engagement du propriétaire. Il s'agit toujours, qu'on le veuille ou non, d'une hypothèque ; or l'hypothèque est indivisible, et on ne saurait modifier ce caractère : on ne peut fractionner le gage, et du reste il est bien à craindre que, si le propriétaire mobilise une hypothèque de 500 francs, il n'en arrive assez vite à mobiliser deux, trois, quatre hypothèques de même valeur, et il n'y aura aucune amélioration notable apportée à la situation actuelle.

Quant à la mobilisation, à la circulation qui sont le grand argument et la grande préoccupation des réformateurs, il semble qu'on s'abuse singulièrement à leur égard. Il ne faut pas vouloir réformer en méconnaissant la nature des choses ; et on ne saurait assimiler au point de vue de la circulation des valeurs mobilières et des immeubles. Bien au contraire, une législation sage devrait tendre, non pas à donner au paysan des facilités plus grandes pour se séparer de sa terre, mais au contraire, à l'attacher davantage au sol et à développer ses qualités de conservation. Ce

qu'on veut faire par là, suivant le mot de M. Bonjean, c'est non plus du papier monnayé, mais de la terre monnayée (1) : cette théorie entraînerait les plus dangereuses conséquences.

La sous-commission l'estima ainsi, et la proposition de M. Yves Guyot fut rejetée, en même temps que la disposition du texte du Comité, permettant le maintien des bons hypothécaires dans la circulation, après le remboursement de la créance garantie.

61. Mais, si on écartait cette théorie dangereuse, on maintenait le principe du bon hypothécaire ; seulement, ces bons ne pourront plus être délivrés qu'en représentation d'une obligation préexistante.

De là cette conséquence importante, qu'on échappe ainsi à un des plus graves inconvénients de l'hypothèque sur soi-même, de création unilatérale : la difficulté d'évaluation de l'immeuble sur lequel repose l'hypothèque. Plus n'est besoin ici des longues réglementations du Décret de Messidor, sur l'expertise nécessaire à cette évaluation : celle-ci sera toute faite par l'emprunt même que consent le créancier, qui sera le maître de la porter au chiffre qu'il voudra.

62. Mais l'intervention du débiteur sera toujours indispensable à la création de ces bons : l'article 45 de l'avant-projet exige, en effet, le consentement du débiteur pour cette transformation du titre primitif ;

(1) *L. c.*, p. 575.

de même, au cas d'un immeuble affecté à la dette d'autrui, il faudrait le consentement du propriétaire de cet immeuble. Cette exigence se comprend d'elle-même, si l'on songe que, par le fait que des bons, représentant un droit contre leur immeuble, vont être mis en circulation, la situation de ces personnes sera changée. Elles ne seront plus, en effet, à l'égard des porteurs de ces bons, des débiteurs ordinaires ; les bons sont assimilés, à ce point de vue, à des effets de commerce, et les débiteurs ne peuvent opposer aux porteurs que les exceptions qui leur sont personnelles, non celles qui seraient opposables au créancier primitif, tireur des bons. Le débiteur perd de la sorte le bénéfice du droit commun : il est juste qu'il y renonce expressément (1).

Donc pas de création de bon hypothécaire sans le consentement du débiteur ; ce consentement pourra être donné à tout moment, au moment de la création de l'obligation principale, ou ultérieurement, suivant les cas. On s'est demandé si, dans ce dernier cas, lorsque la création des bons est postérieure à la naissance de la créance garantie, et lorsque, d'autre part, des hypothèques nouvelles sont nées et ont été inscrites dans l'intervalle, il ne convenait pas, avant d'opérer cette conversion de l'ancien droit en des droits nouveaux, d'obtenir le consentement de ces créanciers intermédiaires. Nous n'en voyons pas le

(1) Ce consentement du débiteur devra être produit au conservateur sur bordereau authentique.

motif. Les créanciers n'ont à connaître que l'inscription de l'obligation principale ; et la formation des bons hypothécaires n'ajoute ni n'enlève rien à la portée de cette inscription. Pour la même raison, il ne doit pas être nécessaire que l'autorisation de créer les bons ait été mentionnée au Livre Foncier.

63. Sur réquisition du créancier, et avec le consentement du débiteur, le tout sur bordereau authentique (1), le conservateur pourra donc délivrer au créancier un ou plusieurs bons hypothécaires, jusqu'à concurrence du principal de la créance. Ces bons ne seront en somme que des fractions d'une créance hypothécaire : l'avant-projet laisse, par son silence, toute liberté aux parties de faire telles coupures qu'elles voudront. Dans son premier rapport, M. Challamel indique toutefois que le minimum sera de 500 francs : il nous paraîtrait bon de maintenir cette exigence. Mais ces coupures pourront être d'inégale valeur, suivant les convenances du créancier. De même, les parties auront toute liberté pour fixer un rang à chaque bon, ou pour décider qu'ils viendront tous à due concurrence. Ces bons, ainsi que l'indique l'article 46, paragraphe 1, auront force exécutoire contre le débiteur et le détenteur de l'immeu-

(1) L'art. 57 fait de la forme authentique du bordereau de réquisition une obligation absolue.

ble grevé, comme l'aurait l'obligation notariée qu'ils remplacent en tout ou en partie (1).

64. Les bons hypothécaires ainsi délivrés se présenteront sous la forme d'une feuille volante, destinée à porter une série d'endossements. L'article 58 énumère toutes les énonciations qui devront y être contenues : désignation de l'immeuble, somme pour laquelle on a pris inscription, montant des créances préférables, montant du bon et intérêts que cette somme doit produire, échéance, lieu du paiement, domicile élu. Si la créance est productive d'intérêts, il faut signaler une particularité de forme : les bons seront munis de coupons représentant ces intérêts, qui seront détachés au fur et à mesure des échéances.

65. Ces bons ainsi créés, comment vont-ils circuler ? Le Comité de rédaction et d'études avait proposé à la sous-commission d'admettre que ces bons fussent indifféremment à ordre ou au porteur, c'est-à-dire que leur transmission pût être effectuée par voie d'endossement, ou par simple remise du titre.

(1) Il faut remarquer cependant que le titre originaire qui donne lieu à la création des bons hypothécaires peut être sous seing privé : cela se produira lorsque ces bons se rattacheront à une inscription de privilège pris en vertu d'un acte sous seing privé. Ces bons n'en auront pas moins force exécutoire de plein droit ; et cela s'explique fort bien par cette seule considération que, quelle que soit la forme de l'acte principal, les bons ne peuvent être délivrés par le conservateur qu'en vertu du consentement exprès du débiteur constaté par bordereau authentique.

La forme au porteur rencontra une vive opposition. Sans doute, il était vrai de dire, comme le fit M. Challengel (1), qu'avec l'endossement en blanc, les bons à ordre deviendraient de véritables bons au porteur ; sans doute encore, on pouvait souhaiter que la circulation des valeurs foncières pût se faire le plus librement possible. Ces raisons ne détruisaient pas les objections : il n'y a, en effet, aucune assimilation possible entre un titre hypothécaire et une valeur de bourse ; il faut empêcher, au contraire, que la terre soit livrée aux grands mouvements d'agiotage que favoriserait la forme au porteur ; surtout, il ne faut pas croire que cette forme au porteur serait suffisante pour assurer la transmissibilité du titre hypothécaire, telle que la rêvent quelques-uns : un titre au porteur ne circule pas parce qu'il est au porteur, mais parce qu'il a en lui-même des qualités de circulation : ce sont les qualités intrinsèques des valeurs mobilières qui, les rendant aptes à cette facile circulation, ont déterminé la forme de l'organe approprié : le titre au porteur. Il en va tout autrement des titres hypothécaires, pour la seule raison que ces titres, c'est du crédit réel, et que seul le crédit personnel se prête à la négociabilité. Une valeur n'est négociable que s'il y a un marché de cette valeur avec un cours : or le titre hypothécaire n'aura jamais de marché, d'abord, parce qu'il ne révèle pas sa valeur par lui-même, comme lorsqu'il s'agit de titre mobilier où

(1) *L. c.*, p. 572.

la signature suffit à manifester cette valeur, et parce qu'alors il faudra procéder à une discussion, à une évaluation ; ensuite, parce qu'il sera impossible d'établir un cours, chaque titre ayant une valeur individuelle, sans aucune commune mesure avec un autre titre. La forme au porteur ne saurait donc être d'aucune utilité.

La sous-commission, quoique très partagée, se laissa impressionner par ces arguments, et par 10 voix contre 8 rejeta la forme au porteur des bons hypothécaires.

66. Dans l'avant-projet donc, la transmission du titre hypothécaire se fera seulement par voie d'endossement. Il ne sera pas nécessaire de mentionner cette mutation au Livre Foncier (1). La première inscription doit en effet suffire jusqu'au remboursement ; mais remarquons bien qu'il pourra être utile au porteur de notifier la cession dont il bénéficie au conservateur, de façon à être éventuellement renseigné sur les faits qui peuvent intéresser son droit. Il pourra, en effet, faire par là éllection de domicile où il lui plaira ; et il s'ensuivra qu'aucune procédure intéressant l'immeuble ne saurait être suivie, sans que ce cessionnaire qui s'est ainsi fait connaître, ait été appelé en cause.

67. Cette transmissibilité par endossement soulève une question importante. Convient-il d'appliquer

(1) Art. 86.

à ces bons hypothécaires la règle relative aux effets commerciaux transmissibles par le même moyen, règle qui édicte l'engagement solidaire de tous les endosseurs ? Les précédents étaient en faveur de l'affirmative : le législateur de 1850 avait admis la garantie solidaire (1). Avec grande raison, à notre avis, la sous-commission se prononça pour le principe contraire. La théorie de l'engagement solidaire appliquée aux bons hypothécaires, provient de la confusion, commise continuellement en pareille matière, entre le crédit personnel et le crédit réel. Cette théorie s'applique très justement aux lettres de change ou aux billets à ordre, qui représentent un engagement de très courte durée : chaque endosseur peut apprécier assez sûrement, au moment où il signe, la solvabilité des souscripteurs et du tiré, deux ou trois mois avant l'échéance. Il n'en va pas de même du bon hypothécaire, dont l'échéance devra être lointaine. L'endosseur de ces sortes de titres n'aura pas à se préoccuper de la solvabilité personnelle des précédents souscripteurs ; il n'aura à considérer que la valeur de l'immeuble qui garantit sa créance ; de la sorte, on n'altérera pas la nature du crédit auquel répond cette obligation : crédit purement réel.

68. Instruments de crédit, les bons hypothécaires dont nous avons ainsi étudié en grande partie le fonctionnement, doivent échapper le plus possible aux

(1) Projet de 1850, art. 2156.

causes d'invalidité qui pourraient les affecter. Revêtus de la clause à ordre, ils bénéficient par là même des avantages que le droit commercial reconnaît aux effets négociables : le porteur ne peut se voir opposer les exceptions personnelles au créancier et, s'il est de bonne foi, les exceptions tirées du défaut de cause, de l'abus de blanc-seing... etc.... Il devrait, par contre, subir les conséquences des nullités qui affectent le fond même du droit (faux, violence, incapacité de l'obligé).

Mais la sous-commission voulut aller plus loin ; et détachant les bons fonciers de la théorie d'ensemble des privilèges et des hypothèques, elle décida que ces titres bénéficieraient de la force probante attachée aux inscriptions des Livres Fonciers, et refusée, comme l'on sait, aux hypothèques. Les conditions assez rigoureuses imposées au conservateur pour les délivrer parurent une garantie suffisante aux intéressés. Dès lors, ils sont dégagés de toute cause de nullité et le porteur sera soustrait aux exceptions tirées du défaut de droit ou de l'incapacité du constituant (1).

69. Tel est le principe, qui ne souffrit guère de difficultés ; mais à ce principe, deux limitations doivent être apportées.

D'une part, ce bénéfice, que l'on concède au porteur, ne profitera qu'au cessionnaire à titre onéreux et de bonne foi. C'est l'application du principe géné-

(1) Art. 69. Avant-projet.

ral adopté par la sous-commission, et qui se justifie de lui-même.

D'autre part, la force probante du Livre Foncier ne peut se concevoir que comme garantie de l'existence d'un droit réel : elle ne saurait s'exercer, par conséquent, qu'à l'égard de l'immeuble grevé. Si donc la créance était entachée de nullité absolue, et si le porteur du bon hypothécaire voulait en poursuivre le paiement sur d'autres biens que sur l'immeuble hypothéqué, il le pourrait sans nul doute ; mais alors les exceptions que, de droit commun, le débiteur pourrait avoir contre un créancier ordinaire, lui deviendraient opposables.

70. Un mot, en terminant, sur l'extinction de ce bon hypothécaire, et sur les conditions de la radiation de l'inscription à laquelle il correspond.

Ici encore, l'avant-projet fait à ces bons un droit d'exception : au lieu de déclarer pour eux, comme pour toute obligation hypothécaire, que l'hypothèque subsiste tant que des offres réelles suivies de consignation n'ont pas été faites, et tant que ces offres et cette consignation n'ont pas été ratifiées par une décision de justice passée en force de chose jugée, l'avant-projet⁷⁰ oblige le porteur à présenter les bons dans les quinze jours de leur échéance. Si le porteur n'accomplit pas cette obligation, le débiteur pourra, en dehors de toute instance, et sans autre formalité, consigner à la Caisse des dépôts le montant de la somme qu'ils représentent, et sur la production du

certificat de dépôt, le conservateur procédera à la radiation (1).

VIII

71. L'œuvre que nous venons de parcourir a droit indiscutablement à notre admiration : elle est solide, puissante et mériterait mieux que de rester, comme elle l'est encore, inefficace, sans consécration législative, n'ayant que la valeur d'une très belle et très minutieuse étude théorique, apportant une très précieuse contribution à l'œuvre de réforme si longtemps souhaitée, mais ne faisant pas faire un pas à la réalisation de cette dernière. Peut-être, l'importance même de cette œuvre et les transformations profondes auxquelles elle donnerait lieu forcément, sont-elles un motif de cette morosité des pouvoirs publics à la soumettre à l'autorité législative. Mais il faut bien remarquer que la partie qui concerne proprement la réforme hypothécaire peut être sans inconvénient détachée de l'ensemble des travaux de la Commission et recevoir dès maintenant une solution pratique. De la sorte, sans bouleversement, s'opéreraient les améliorations nécessaires, et aboutiraient un certain nombre de réformes immédiatement réalisables.

Les grands traits de ces réformes se dégagent des

(1) Art. 67.

indications que nous avons déjà données. L'avant-projet, tel qu'il se présente à nous dans son état définitif, supprime les hypothèques occultes et les hypothèques générales. Le double principe de la publicité et de la spécialité ne souffre plus d'exception. Sans doute, l'hypothèque légale reste générale en ce qu'elle atteint tous les immeubles du grevé ; mais, aux yeux des tiers, elle est rendue spéciale par l'inscription, sans laquelle elle ne saurait produire aucun effet. Sans doute encore, il existe des créances privilégiées ; mais (sauf pour les frais de justice), celles-ci ne sauraient préjudicier aux tiers puisqu'elles ne leur seront opposables que par l'inscription. De là, cette conséquence que les privilèges généraux, qui, actuellement, priment les hypothèques et les privilèges immobiliers, leur sont désormais subordonnés et ne primeront plus que les créances chirographaires (art. 7).

Quant aux suppressions réalisées par l'avant-projet, il en est de plus ou moins importantes : d'abord, celle de l'hypothèque judiciaire, la plus mortelle ennemie du crédit hypothécaire (art. 17) ; puis, moins graves que cette dernière, la suppression de l'hypothèque des biens à venir (art. 48), et celle du privilège du Trésor sur les biens des comptables (art. 9).

Enfin, on a remarqué sûrement dans tout le cours de l'étude actuelle certains points particulièrement intéressants : la pérennité des inscriptions qui ne s'éteindront désormais que par la radiation (art. 61), le maintien du terme pour les créances non exigibles

au moment de la purge (art. 90) ; la création des bons hypothécaires que nous avons étudiés à part.

Sauf ce dernier point, d'une utilité assez contestable, l'ensemble de la réforme est d'une réalisation relativement facile. On n'aurait nul besoin d'engager la question des Livres Fonciers. Si on veut des améliorations utiles et rapides, c'est en ce sens qu'il faut orienter la réforme, sans attendre l'accomplissement préalable de transformations qui exigeraient de longs délais.

Mais nous n'entendons pas tirer argument contre la Commission du cadastre, de la complexité même de l'œuvre qu'elle a entreprise, et lui faire un reproche de ce que cette œuvre est trop considérable. Il importe, au contraire, de lui rendre à cet égard un légitime hommage : elle a eu à faire face à des difficultés sans cesse renouvelées, à éviter les dangers des discussions confuses, à tenir compte de tendances contradictoires. Pendant les quatorze années de son labeur consciencieux, elle a su venir à bout de tous ces obstacles : et nous ne pouvons que reprendre à notre compte les paroles que, dès 1893, à la séance du 16 mars, prononçait le sénateur Milhaud : « Les difficultés que nous voyons surgir à tout instant, naissent de l'aridité du sujet et de la complication du problème qui nous est soumis. Le législateur qui connaîtra nos travaux sera mis au courant de nos discussions et de nos doutes. Les membres de la Commission accomplissent leur tâche avec une grande conscience, ils peuvent avoir la certitude que leur

œuvre portera des fruits. » (1) Le législateur absorbé, depuis, par des besognes à coup sûr moins utiles pour le pays, s'est gardé de prendre connaissance de cet admirable travail. Mais l'opinion publique, que le législateur ne représente pas toujours exactement, rend hommage aux hommes qui ont mené à bout cette grande œuvre, et à qui ne saurait être imputée la responsabilité de ce que cette œuvre n'a pas encore produit les fruits légitimement espérés par M. Edouard Milhaud.

(1) P.-V. fasc., III, p. 387.

CHAPITRE VI

LA PROPOSITION DE M. THÉZARD ET LE PROJET DU GOUVERNEMENT DE 1896

1. Les deux projets.

PREMIÈRE PARTIE

PUBLICITÉ DES ACTES INTÉRESSANT LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

2. La commission sénatoriale — 3. Idée générale des deux projets : publicité personnelle, mais avec un certain souci de la publicité réelle — 4. Formes de la publicité — 5. Effets : pas de force probante — 6. Deux lacunes du projet du Gouvernement — 7. Personnes pouvant transcrire — 8. Actes à transcrire — 9. Actes déclaratifs — 10. Discussion à la Commission — 11. Sanction du défaut de publicité dans le projet du Gouvernement : difficulté à propos des actes de partage — 12. Sanction dans le projet Thézard : simple amende — 13. Sa justification — 14. Baux de longue durée — 15. Quittances anticipées — 16. Mutations à cause de mort : *a) ab intestat* : projet du Gouvernement — 17. *Id.* Projet Thézard — 18. Sanctions — 19. Combinaison avec la théorie de l'héritier apparent — 20. Mutations à cause de mort : *b) testamentaires* — 21. Solutions de la Commission — 22. Difficulté au cas de sous-aliénation — 23. Ce que sont les tiers — 24. Publicité des causes de résolution et de revendication — 25. Rapport à succession — 26. Les tiers peuvent éviter la résolution en exécutant — 27. Droit des créanciers sur les remboursements faits par le revendiquant — 28. Tendance générale à admettre la force probante — 29. Rejet de la théorie par la Commission — 30. Notification des actions en nullité — 31. Conclusion.

DEUXIÈME PARTIE

LES PRIVILÈGES ET LES HYPOTHÈQUES

I.

32. Idée générale — 33. Privilèges généraux — 34. Privilèges spéciaux: privilège du constructeur — 35. Suppression des §§ 2 et 5 de l'article 2103 — 36. Frais de justice — 37. Privilège du vendeur — 38. Du copartageant — 39. De la séparation des patrimoines — 40. Comment les privilèges se conservent : le principe — 41. Les moyens pratiques: frais de justice, privilège du vendeur, du copartageant — 42. Action résolutoire — 43. Revente sur folle enchère — 44. Difficulté en matière de faillite — 45. Séparation des patrimoines.

II.

46. Hypothèque des biens à venir — 47. Forme de l'acte d'hypothèque — 48. Hypothèque concernant l'ouverture de crédit — 49. L'hypothèque judiciaire: son maintien par la Commission — 50. Sa spécialisation — 51. Hypothèque légale: opposition au principe de la publicité — 52. Défectuosités pratiques du système du Gouvernement qui admet la publicité — 53. Autres critiques — 54. Sursis à l'inscription — 55. Modification au cours de l'incapacité — 56. Subrogation et renonciation — 57. La femme dotale peut dans certains cas consentir antérieurement à son hypothèque: graves dangers — 58. Purgé: extension au prêteur de deniers — 59. Hypothèques générales en conflit avec les hypothèques spéciales — 60. Indemnité d'assurance — 61. Conclusion.

1. Quelque sincère hommage que l'on doive rendre à l'œuvre que nous venons d'étudier, on ne saurait oublier la critique essentielle que nous lui avons adressée : d'être vraisemblablement d'une réalisation pratique à peu près impossible, au moins pour bien longtemps. Et il est quelque peu douloureux de constater combien reste vain un effort aussi consciencieux ; les difficultés insurmontables que rencontreraient les réformes matérielles exigées pour la mise en vigueur de la nouvelle législation, sont à elles seules suffisantes pour faire craindre que la tentative de la Commission du cadastre ne puisse donner satisfaction aux besoins immédiats de la propriété et du crédit immobilier.

Pendant que cette Commission poursuivait ses travaux, un projet de loi sur la réforme hypothécaire était déposé au Sénat par le Gouvernement. Déjà, l'année précédente, M. Thézard avait porté la question devant cette assemblée, au moins de façon partielle, par une proposition de loi relative à la publicité des actes intéressant la propriété immobilière. Nous combinerons cette double tentative de réforme dans les explications que nous voulons donner relativement à cette publicité. Dans la seconde partie, où il ne s'agira que du régime hypothécaire lui-même, nous nous trouverons en présence du seul projet du Gouvernement.

PREMIÈRE PARTIE

PUBLICITÉ DES ACTES INTÉRESSANT LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

2. Le projet du Gouvernement fut déposé par le ministre de la Justice, qui était alors M. Darlan, le 27 octobre 1896. Il contenait 2 chapitres et 41 articles : onze articles concernaient la publicité des transferts et autres actes intéressant la propriété foncière ; les trente autres, répartis en deux sections comprenaient les dispositions intéressant les privilèges et les hypothèques. La proposition de M. Thézard ne comprenait que quatre articles, dont un seul complètement nouveau ; les trois autres modifiant seulement les articles 1, 3 et 4 de la loi du 23 mars. Le Sénat renvoya les deux projets à une Commission dont M. Léopold Thézard fut nommé rapporteur, M. Jules Cazot, président, et M. Dufoussat, secrétaire. Les membres en étaient : MM. Emile Labiche, Thourens, Bérenger, Cordelet, Pradal, Antony Ratier, Pauliac, Eugène Guérin, Marquis, Léopold Thézard, Maxime Lecomte. Cette Commission fondit les deux propositions en une seule qui, sur certains points, modifiaient assez profondément les dispositions qui lui étaient soumises. Le nouveau projet a

eu jusqu'ici moins de chance encore que celui de 1850, qui eut les honneurs de la discussion et donna lieu à deux délibérations. Le Sénat a dédaigné jusqu'ici de s'occuper de la réforme hypothécaire et d'oublier un moment les préoccupations purement politiques ; mais même à l'état de projet, la réforme est intéressante et mérite d'être étudiée.

3. Il est inutile de revenir sur le principe que nous avons, au cours de ce travail, tant de fois défendu, qu'il convient de donner le plus de publicité possible à tout acte venant modifier la propriété immobilière ; les deux projets élargissent, à cet égard, le champ d'application de la loi de 1855 ; mais de façon différente dans la forme et dans le fond. Tout d'abord, constatons qu'à la différence de la Commission du cadastre, ni l'un ni l'autre des deux projets n'abandonne le système actuel de la publicité personnelle, pour lui préférer celui de la publicité réelle. Cependant, une préoccupation manifeste se révèle dans les deux projets, d'orienter la publicité vers la forme réelle. L'article 38 du projet du Gouvernement complète la loi du 21 ventôse an VII, en ajoutant aux livres déjà exigés par cette loi, un nouveau répertoire qui devra être tenu par immeuble porté sur le registre de la conservation : c'est bien là l'embryon du feuillet réel. Seulement le projet oublie la chose essentielle, qui est de savoir comment se fera

la détermination de l'immeuble, et au moyen de quelle unité foncière on parviendra à l'individualiser.

On se rappelle les difficultés que rencontra à ce sujet la Commission du cadastre. Il est étonnant, qu'en l'état de pareilles données, le projet se contente d'une formule aussi simple que celle de l'article 38, qui consacre en réalité une réforme absolument impraticable, puisque le conservateur sera dans l'impossibilité de dresser le répertoire foncier, ignorant ce qu'est « l'immeuble » qui lui servira de base, et pouvant choisir arbitrairement l'unité immobilière depuis la parcelle cadastrale jusqu'à l'ensemble d'exploitation, pour centraliser autour de ce pivot les renseignements nécessaires : « Il faut donc réserver la disposition de l'article 38, pour le jour désirable mais lointain, où la réforme du cadastre et la constitution du Livre Foncier entreront dans notre législation civile. » (1)

Le projet de M. Thézard porte en son article 4 une disposition se rattachant au même souci de la publicité réelle, mais bien différente dans sa portée et d'une réalisation parfaitement possible. Cet article a pour but d'utiliser le cadastre pour la détermination des droits privés, en lui demandant le moyen de fixer de façon précise les immeubles à propos desquels une modification interviendrait : « Tous jugements, tous actes entre vifs, authentiques ou sous seing privé portant transmission, établissement ou reconnaissance

(1) Thézard, rapport p. 226, n° 150.

de propriété immobilière ou de droits sur les immeubles, et soumis à la transcription devront, à peine d'une amende de 100 francs contre l'officier public rédacteur de l'acte, ou contre les parties intéressées, si l'acte est sous seing privé, contenir l'indication des articles du rôle de la contribution foncière relatif aux immeubles qui feront l'objet de la convention. »

Cette disposition est intéressante en ce qu'elle fournit le seul procédé, aujourd'hui pratique, d'utiliser le cadastre pour la détermination de la propriété foncière (1). Il resterait à savoir si, en l'état actuel, le rôle de la contribution foncière est un instrument suffisant pour cette détermination. Les données que nous fournissent les travaux de la Commission du cadastre, permettent d'émettre des doutes sérieux à cet égard, mais il serait possible, croyons-nous, de prendre des mesures qui amélioreraient successivement les parcelles cadastrales, et en rendraient l'usage plus facile et plus sûr.

Quoi qu'il en soit, il convient donc de retenir ces deux points, tant sur la proposition Thézard que sur la proposition du Gouvernement, que, se refusant à organiser une publicité réelle, l'une et l'autre ont du moins tenté de faire quelque chose en ce sens, et par là ont ouvert la voie à de plus larges réformes.

(1) On sait d'ailleurs que, pour une autre matière, cette disposition existe déjà dans notre loi. L'art. 675 du Code de procédure exige que l'indication des numéros du cadastre figure dans les procès-verbaux de saisie immobilière.

4. Si nous comparons maintenant les deux projets au point de vue des formes qu'ils vont assigner à cette publicité personnelle, nous constaterons d'assez notables différences.

Le projet de M. Thézard ne modifie pas les principes de 1855. Il se borne à indiquer que la transcription aura lieu pour tels et tels actes, sans indiquer qu'il sera apporté la moindre modification dans les formes qui la constituent. Il y aura donc lieu toujours à transcription littérale. Au contraire, le projet règle de façon nouvelle la forme de transcription :

« La transcription est opérée :

» 1° Par le dépôt soit d'un *extrait analytique* ou littéral de l'acte notarié du jugement ou de l'acte administratif, soit d'un original de l'acte sous seing privé, soit d'un extrait du testament ou d'un extrait certifié de la déclaration de mutation par décès. » Par là, le projet n'exclut point la transcription littérale, qui reste toujours facultative, et qui sera même obligatoire, lorsqu'il s'agira d'actes sous seing privé. La publicité ne s'opère pas comme elle s'opérait en Prusse, d'après la loi du 5 mai 1872, et comme elle s'opère aujourd'hui dans toute l'Allemagne, par une simple mention sur le feuillet consacré à l'immeuble, la publicité réelle seule permettant cette simplification. Mais le projet Darlan n'en consacre pas moins une innovation intéressante, et s'éloigne de la loi de 1855. Lorsque le titre à transcrire consistera dans un acte notarié, dans un jugement, dans un acte administratif, le projet substitue la copie d'un simple ex-

trait analytique à la reproduction intégrale de l'acte ou du jugement. On ne saurait qu'approuver le principe d'une réforme de ce genre, d'autant plus appréciable que le nombre des actes soumis à la publicité, sera, d'après le projet, beaucoup plus considérable (1), et que les registres se trouveraient surchargés par des reproductions intégrales. L'exposé des motifs indique très justement à ce sujet : « Une trop longue pratique a fait apparaître les inconvénients qui résultent de ce mode de procéder : l'excessif travail auquel il astreint le personnel des conservations, l'encombrement inévitable que produit dans les bureaux la multiplicité des registres, rendue nécessaire par de si volumineuses écritures, et l'insuffisance de place matérielle pour les ranger commodément. » Ce sont là des considérations très justes. Mais une objection se présente naturellement à l'esprit, qui force à faire des réserves sur la disposition précitée. On court le risque, en se bornant à un simple extrait, d'omettre des dispositions importantes et de porter par là préjudice à des droits très légitimes. Il est vrai que le cas ne se présentera qu'en matière d'actes notariés et que l'officier ministériel aura à surveiller lui-même les énonciations à transcrire : il y aura donc de ce chef une garantie sérieuse pour les parties. Par contre, les responsabilités des notaires se-

(1) Certains des actes nouveaux soumis à la publicité seront d'ailleurs particulièrement longs, ainsi les actes de partage,

ront considérablement augmentées. Peut-être, dès lors, serait-il préférable de revenir au système adopté en 1850, et, supprimant purement et simplement toute inscription de la part du conservateur, de se contenter du dépôt d'une copie de l'acte qui serait visé et répertorié par le fonctionnaire qui la recevrait. C'est la solution qui paraît avoir les préférences du rapporteur de la Commission, et qui semble, en effet, devoir être la plus pratique.

5. Les deux projets continuent également à suivre la théorie traditionnelle de notre droit, relative-ment à la portée de la publicité. La transcription ne donnera pas à l'acte transcrit une valeur plus forte que cet acte n'en a par lui-même, et les diverses causes de nullité qui peuvent affecter cet acte réagiront sur l'inscription. Par là, la force probante, telle que l'organisait l'avant-projet de la Commission du cadastre est implicitement condamnée. Et, en conséquence, rien ne se trouvera changé aux justifications à exiger par le conservateur. Pas de force probante, donc obligation pour celui-ci de transcrire tout acte à lui présenté. En l'état actuel de notre législation, il faut approuver ce rejet de la force probante. Une longue pratique nous a habitués à voir le conservateur jouer chez nous un rôle purement passif : de graves intérêts pourraient se trouver compromis par une aussi profonde réforme. Il faut louer les rédacteurs de ces projets de leur prudence à ce point de vue.

6. Il y aurait cependant quelques critiques de détail à formuler. M. de Loynes a très justement fait ressortir la lacune du nouveau projet qui n'exige pas la remise de deux bordereaux et qui, se contentant du bordereau unique, ne dit pas si celui-ci doit rester entre les mains du conservateur ou être laissé aux parties. Ce silence est regrettable, car d'excellentes raisons peuvent être invoquées aussi bien en faveur de l'une qu'en faveur de l'autre des deux solutions ; ce qui indique bien la nécessité des deux bordereaux, dont l'un serait remis aux parties et l'autre au conservateur. A un autre point de vue, le projet nous semble insuffisant ; nous verrons tout à l'heure qu'il soumet à la publicité les mutations par décès : pour opérer cette publicité, il suffira d'un extrait du testament ou d'un extrait certifiant la déclaration de mutation. Pour plus de sûreté, M. de Loynes voudrait que l'on exigeât aussi la présentation au conservateur d'un certificat de délivrance, d'une copie de l'ordonnance d'envoi en possession ou d'un acte de notoriété établissant la qualité d'héritier. Il n'y aurait pas là, en effet, de grandes complications et ce serait une garantie de plus de l'exactitude des mentions portées sur le registre des conservateurs.

7. Cette question des mutations par décès nous amène à parler d'un des points les plus importants de la réforme, celui qui concerne l'étendue d'application à donner à la publicité ainsi organisée, en d'autres termes, des actes soumis à cette publicité.

Avant d'en arriver, toutefois, à cette partie de notre étude, il convient de signaler une disposition du projet du Gouvernement, qui n'a point son analogue dans la proposition Thézard, concernant les personnes susceptibles de prendre inscription. La loi de 1855 se bornait à laisser aux parties le soin de requérir la transcription à leurs risques et périls, si celle-ci n'était pas prise (1).

Le projet de réforme du Gouvernement charge positivement trois catégories de personnes de ce soin : les notaires, pour les actes passés devant eux ; les avoués, pour les jugements passés en force de chose jugée, ainsi que pour les arrêts ; les parties pour les actes sous seing privé et pour les déclarations de mutations par décès (2). Mais, par contre, le projet du Gouvernement n'apporte aucune modification à la sanction traditionnelle. Le défaut de publicité aura toujours le même résultat, l'inopposabilité aux tiers. Or, nous allons voir que si le projet du Gouvernement admet cette sanction comme sanction générale de tout défaut de publicité, la Commission chargée d'examiner le projet a modifié sensiblement le principe et s'est, dans bien des cas, prononcée pour

(1) Dans le cas spécial de jugement prononçant une révocation ou une résolution, c'est l'avoué qui est tenu de faire inscrire.

(2) La fin de l'article s'occupe de la transcription des actes administratifs, et est ainsi conçu : « les dispositions des art. 37 de la loi du 22 frimaire an VII et 79 de la loi du 15 mai 1818 sont applicables à la transcription des actes des autorités administratives et des établissements publics, rentrant dans les cas prévus par la présente loi (art 6.) »

d'autres sanctions. Il eût, dès lors, été désirable qu'une disposition précise intervînt à ce sujet dans la rédaction à laquelle s'arrêta la Commission et qui n'est que la reproduction textuelle de l'article 6 du Gouvernement (1).

8. L'innovation la plus importante consacrée par les projets de réforme que nous étudions, est incontestablement celle qui concerne l'énumération des actes à transcrire. Ici, des divergences existent entre les deux projets.

On sait que la loi de 1855 laissait un certain nombre de faits juridiques en dehors de toute publicité : toutes les mutations à cause de mort (successions, legs, donations de biens à venir), tous les actes simplement déclaratifs (partages, jugements statuant sur une revendication, transactions en matière immobilière), échappaient à l'obligation de la transcription (2).

(1) La rédaction de l'art. 6 appelle encore une autre observation de détail ; il y est dit que les avoués seront tenus d'opérer la transcription pour les paiements passés en force de chose jugée et pour les arrêts. Le projet semble oublier qu'il y a des jugements qui ne sont pas susceptibles de passer en force de chose jugée et notamment les jugements d'adjudication. Ces jugements doivent cependant, au premier chef, être soumis à la publicité ; et nous ne pensons pas que le gouvernement ait eu l'intention de les y soustraire : il y a là une simple inadvertance de rédaction qu'il conviendrait de réparer.

(2) Les actes portant donation entre vifs, ou contenant des dispositions à charge de rendre (substitutions permises) échappent aussi à l'empire de la loi de 1855 ; mais cette loi précisait elle-même que les actes en question restaient soumis aux prescriptions du C. civ. qui en organisaient la publicité (art. 938 à 942, 1069 à 1072.)

Le projet du Gouvernement apportait à cet égard deux textes généraux, l'article 1^{er} et l'article 3, visant, l'un les actes entre vifs, l'autre les mutations par décès.

Pour les actes entre vifs, le projet Darlan donnait la formule la plus large possible : « Sont rendus publics, par la transcription au bureau des hypothèques de la situation des biens : 1° tous actes et conventions entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux, et tout jugement ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou étendre un droit réel immobilier.

» 2° Les baux excédant douze années, soit par leur terme originaire, soit par l'effet d'un renouvellement.

» 3° Les actes et jugements portant même pour bail de moindre durée, libération ou cession d'une somme supérieure à une année de loyer ou de fermage non échu. »

Ce texte appelle plusieurs observations intéressantes.

Et d'abord, malgré son apparence extrêmement générale, cet article ne contient pas tout ; bien au contraire, à un certain point de vue, il semble restreindre la loi de 1855. Celle-ci portait expressément (art. 2, n° 1) que le contrat d'antichrèse était assujetti à la transcription. M. de Loynes fait très justement

observer que la rédaction de l'article premier ne permet pas d'y faire rentrer ce droit (1).

Il n'est pas à croire que le Gouvernement ait voulu modifier dans un sens restrictif, la législation de 1855, mais un texte précis serait sur ce point nécessaire.

9. L'innovation importante de ce texte consiste en ce que, après avoir confirmé la loi de 1855, en parlant des actes ou jugements ayant pour effet de constituer, transmettre, modifier ou éteindre un droit, il pose le principe de la publicité relativement aux actes et jugements purement déclaratifs.

La même innovation se rencontre dans le projet de M. Thézard ; mais avec des différences notables : d'une part, la sanction est tout autre, nous nous en occuperons dans un instant ; d'autre part, la rédaction est différente : le projet du Gouvernement se bornant à la formule très vague que l'on connaît, le projet de M. Thézard énumérant, au contraire, soigneusement, les actes de cette nature : « Doivent être transcrits... 1° tous actes ou jugements portant partage ou licitation au profit d'un des copropriétaires ; 2° tous jugements statuant sur une question de propriété immobilière... ; 3° toutes transactions sur les mêmes objets... » (Art. 3.)

Il y a là plus qu'une question de formé : le texte du

(1) Il est vrai que la question est controversée de savoir si la droit d'antichrèse est un droit réel immobilier (voir Baudry-Lacantinerie et de Loynes : *Privilèges et Hypothèques*, tome I, n° 206) ; en ce cas ils rentreront dans la disposition de l'art. 1^{er}.

projet du Gouvernement est incontestablement trop vague, et nous lui préférons de beaucoup le texte de M. Thézard. Il faut tout d'abord bien faire attention qu'il ne s'agit dans cet article premier, que des actes déclaratifs intervenus entre vifs ; les actes déclaratifs de mutation par décès faisant l'objet de l'article 3 du projet du Gouvernement. La chose est importante, à cause de la différence de sanction : or, il est assez difficile de classer certains actes, et on en arrive forcément à une application distributive de l'article 1 et de l'article 3, qui n'est pas exempte d'arbitraire. Dans quelle catégorie rangera-t-on le partage ? Il semble logique, et c'est l'opinion de M. de Loynes, de distinguer selon qu'il s'agit d'une dissolution de société, de communauté, provenant d'une autre cause que du décès d'un des co-associés ou des copropriétaires, ou au contraire, d'une dissolution ayant sa cause dans un décès ; selon qu'il s'agit, d'autre part, d'une indivision provenant du décès de l'auteur commun, ou résultant d'une acquisition faite en communauté. Mais cette distinction peut paraître absolument injustifiée. Toutes ces difficultés disparaissent avec le texte clair et précis de M. Thézard, assujettissant la publicité des actes bien déterminés, sans distinguer d'ailleurs, quant au partage, quelle était la source de l'indivision, ou la cause de la dissolution. Tous les actes déclaratifs que vise l'article 3 de cette proposition, sont soumis aux mêmes règles, quelle que soit leur cause.

10. Quoi qu'il en soit, il importe d'indiquer que la Commission ne fit point unanimement bon accueil à l'innovation proposée. Une forte opposition s'affirma contre la publicité des actes déclaratifs. Les membres qui la composaient étaient effrayés de l'énorme quantité d'actes qui allaient devoir être transcrits. Du rapport de M. Thézard, il résulte en effet que, en l'année 1895, les partages avaient donné lieu à 83.877 actes portant sur des valeurs s'élevant à près de 3 milliards, et donnant lieu à des droits s'élevant à 5.595.339 francs ; en 1896, 86.404 actes pour 3.222.437.839 francs, payant 6.042.108 francs de droits ; il y avait là évidemment une source de charges particulièrement lourdes qui allaient grever la propriété foncière déjà si obérée. On peut, d'autre part, soutenir que les fraudes auxquelles la transcription est destinée à parer, en matière d'actes translatifs, ne sont guère à redouter pour les actes de partage, les tiers étant en fait toujours prévenus qu'ils traitent avec un individu tenant ses droits d'une succession où il a été appelé avec d'autres ; les travaux législatifs antérieurs étaient là pour confirmer ce point de vue ; on se rappelle sans doute que, sur le rapport de M. de Vatimesnil, l'Assemblée de 1850 s'était prononcée contre l'application du principe de publicité aux actes déclaratifs, et, en 1855, ce fut en parfaite connaissance de cause, et non par suite d'un oubli, que l'on repoussa l'assimilation des actes déclaratifs aux actes translatifs.

Cependant, à une faible majorité, le principe de

la publicité l'emporta ; et le texte de la Commission, dans son article 4, soumet à la transcription les actes déclaratifs. Cet article abandonne la formule critiquable du projet du Gouvernement et énumère les actes à transcrire, comme le faisait la proposition Thézard : partages, jugements statuant sur une question de propriété immobilière, transactions.

11. Mais ce premier principe une fois admis, la Commission allait abandonner le projet du Gouvernement sur l'importante question des sanctions à donner au défaut de publicité, qui se confond avec celle des effets de la transcription.

Sur ce point, le projet du Gouvernement s'en tenait rigoureusement à la solution de la loi de 1855 : ajoutant aux actes énumérés par cette loi les actes déclaratifs ainsi que nous venons de le voir, y assimilant les actes à titre gratuit, que cette loi laissait régir par d'autres textes, le projet formule pour tous les actes entre vifs le même principe, qui n'est autre que celui de la loi de 1855, dont il reproduit littéralement le texte : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés en l'article précédent ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois » (art. 2). En elle-même, et abstraction faite du principe qu'elle consacre, cette formule n'est pas pleinement satisfaisante. Outre une difficulté classique à propos des baux de 18 années que nous examinerons tout à l'heure, elle crée une

difficulté nouvelle relativement aux actes nouveaux auxquels elle s'applique ; nous voulons parler des actes de partage.

Cette question des effets de la publicité relative-ment aux actes intervenus avant ou après le partage peut soulever tout un ensemble de controverses sur lesquelles il nous est impossible de nous étendre longuement.

Dans l'excellent commentaire qu'il a donné du projet de loi Darlan, M. de Loynes expose les principales difficultés qui peuvent surgir : « Un immeuble dépend d'une société ou d'une communauté dissoute. Supposons que cette dissolution résulte d'un événement autre que le décès de l'un des associés, pour écarter toute mutation par décès. Pendant l'indivision, et avant tout partage, l'un des copropriétaires aliène ou hypothèque sa part indivise dans cet immeuble. L'acquéreur ou le créancier hypothécaire fait transcrire ou inscrire. Il ne fait pas opposition au partage ; puis le partage intervient hors de sa présence, les autres copropriétaires ignorant la transcription ou l'inscription. Quelle sera la situation ? L'acte de partage ne sera pas opposable à l'acquéreur ou au créancier, au moins en tant qu'il s'applique à l'immeuble. Il aura donc le droit de provoquer un nouveau partage.

» Prenons une autre hypothèse : le partage a eu lieu. L'immeuble a été attribué à un seul des copropriétaires. Mais l'acte de partage n'a pas encore été transcrit. Un autre des copropriétaires aliène ou hypothèque

que sa part indivise dans cet immeuble. Transcription ou inscription a été requise de l'acte translatif ou de l'hypothèque avant la transcription de l'acte de partage. Cet acte n'est pas opposable à l'acquéreur ou au créancier hypothécaire. Ne faut-il pas en conclure que celui-ci a le droit de provoquer un nouveau partage ? Il n'a pas pu faire opposition, puisque son droit n'était pas né au moment du partage. N'y a-t-il pas là une dérogation importante à l'article 882 du Code civil ? »

Ces objections ont une valeur qu'on ne saurait méconnaître. Elles ne sont d'ailleurs pas les seules qu'on puisse relever. Il faut encore tenir compte, dans cet ordre d'idées, de la théorie élaborée par la jurisprudence relativement à l'héritier apparent. Qu'il y ait ou non transcription du partage, l'aliénation ou l'hypothèque consentie par un héritier, qui réunit en sa personne les circonstances de fait exigées par la jurisprudence, devra être validée ; et, au contraire, si on ne trouve pas chez la personne qui aliène ou qui hypothèque les caractères de l'héritier apparent, le fait qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu transaction devrait être inopérant.

12. Toutes ces difficultés tombent si, au lieu de la sanction adoptée par le projet du Gouvernement, qui est l'inopposabilité aux tiers, on s'en tient à la sanction de la proposition Thézard : une simple amende au préjudice de la personne chargée d'opérer la transcription.

L'article 3 de la proposition Thézard généralise à ce point de vue un principe dont la loi de 1855 n'avait fait qu'une application exceptionnelle. Pour les jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit, l'article 4 de cette loi décidait que la seule conséquence du défaut de leur transcription serait une amende de 100 francs contre l'avoué qui a obtenu le jugement et qui est tenu de le faire transcrire.

L'article 3 de la proposition Thézard reproduit cette disposition et étend cette sanction à tous les actes translatifs qu'il soumet à la publicité et que nous avons énumérés.

Au premier abord, une pareille règle peut surprendre en ce qu'elle semble radicalement inefficace à assurer la publicité nécessaire. Nous sommes loin des théories absolues de la Commission extra-parlementaire, aux termes desquelles celui qui traitait sur la foi du registre public était absolument couvert et pouvait avoir la certitude qu'il n'existait aucun acte qui pût lui être opposable, autre que ceux portés sur des registres. Dans la théorie de M. Thézard, au contraire, les actes déclaratifs de propriété (et ici nous n'avons pas à distinguer si ce sont rigoureusement des actes entre vifs ou des actes ayant leur cause dans le décès d'une personne donnée), les actes déclaratifs, disons-nous, seront opposables aux tiers, même s'ils n'ont pas été révélés à ces derniers par une transcription régulière. N'y a-t-il pas là une contradiction évidente ? Et ne perd-on pas, faute

d'une sanction suffisante, le bénéfice que l'on devait retirer de l'obligation nouvelle à laquelle on soumet les actes déclaratifs ?

La Commission ne le pensa pas, puisque, ayant à se prononcer entre les deux sanctions que lui proposaient le Gouvernement et M. Thézard, elle se rangea résolument à l'avis de ce dernier. L'article 4 de la Commission reproduit l'article 5 du projet Thézard et confirme la sanction de l'amende.

Cette solution peut se discuter ; à coup sûr, elle affaiblit l'efficacité du principe de la publicité, et cependant, une analyse un peu attentive des conditions dans lesquelles la question se présente nous force à approuver sur ce point le projet Thézard et la Commission qui l'a adopté.

13. Théoriquement, la solution se justifie d'un mot : la théorie de la non-opposabilité du partage est incompatible avec l'effet déclaratif de ce partage ; elle est, dit M. Thézard, un non-sens absolu.

Il ne peut être question de porter atteinte à ce principe fondamental de notre droit, que nos vieux jurisconsultes appelaient l'effet démonstratif et rétroactif du partage. Encore que ce principe n'ait été établi que pour éluder les droits fiscaux qui s'attachaient à toute aliénation, il dépasse singulièrement sa cause occasionnelle.

Ce n'est d'ailleurs pas ici le lieu de le démontrer. Il nous suffit de constater la règle universellement

admise et de nous demander si vraiment cette règle est contredite par la sanction de l'opposabilité.

Or, c'est là un point incontestable. Dire que le partage non transcrit n'est pas opposable aux tiers, c'est dire d'abord implicitement que le tiers qui a acquis d'un copropriétaire des droits sur tel immeuble indivis, et qui a transcrit son acquisition, antérieurement au partage, pourra opposer son titre aux autres copartageants. Or ce tiers ne peut avoir, de par l'effet déclaratif du partage qu'un droit éventuel, qu'un droit résoluble, puisque les droits à lui consentis doivent rester sans effet si le bien à lui cédé ou hypothéqué ne rentre pas dans le lot de celui qui lui a consenti l'aliénation ou l'hypothèque. La transcription, tant de l'acte d'aliénation que du partage, doit donc être en l'espèce inopérante, puisque l'effet déclaratif suffit à faire tomber tous droits antérieurs au partage. La seule situation où la question semblerait se poser en des termes exacts serait donc celle d'une aliénation consentie après le partage par un des anciens copropriétaires sur un bien dont un autre a été alloti. Si le tiers acquéreur avait fait transcrire son titre avant la transcription du partage, il y aurait pour lui un droit préférable à ceux des autres copartageants. Ce résultat peut se défendre, et il paraît découler normalement des principes généraux, mais on ne peut s'empêcher de s'étonner de la contradiction qui existerait forcément entre les deux situations que nous avons envisagées : ceux qui auraient acquis avant tout partage, alors que

leur auteur avait un droit tout au moins éventuel sur l'objet du contrat, seraient soumis à l'effet déclaratif du partage à intervenir et se verraient évincés par le copartageant dans le lot duquel se trouverait le bien en question ; au contraire, ceux qui acquerraient après le partage consommé et alors que leur auteur n'a plus absolument aucun droit sur l'objet, pourraient faire valoir dans une certaine mesure leur prétendu droit à l'encontre du vrai propriétaire. M. Thézard déclare cette solution incompréhensible. Il est certain qu'elle choque le bon sens, et il serait difficile de la justifier. La conclusion est donc qu'il faut sanctionner la publicité des partages et généralement des actes déclaratifs par tout autre chose que l'inopposabilité à l'égard des tiers. Cette sanction sera dans le projet de la Commission, qui emprunte cette disposition à la proposition Thézard, une amende de 100 francs à l'encontre de la personne chargée de l'inscription (1).

14. Après avoir parlé de tous actes entre vifs et tous jugements concernant les droits réels immobiliers, le projet du Gouvernement énumère en outre comme acte soumis à la transcription (2) :

« 2° Les baux excédant douze années, soit par leur terme originaire, soit par l'effet de leur renouvellement.

(1) P. Com., art. 4. — Projet Thézard, art. 3.

(2) Le projet Thézard n'apporte sur ce point aucune modification à la loi de 1855.

» 3° Les actes et jugements portant, même pour bail de moindre durée, libération ou cession d'une somme supérieure à une année de loyer ou fermage non échu. »

Et l'article 2, qui pose, pour tous les actes contenus dans l'article premier, la sanction de l'inopposabilité, ajoute en ce qui concerne les baux la précision suivante : « Les baux excédant 12 années non transcrits, ne peuvent être opposés que pour le temps restant à courir de la période de 12 ans commencée. »

Cet ensemble de dispositions maintient en somme la théorie générale de la loi de 1855 sur ce point, tout en modifiant certains détails, et en solutionnant certaines controverses.

Le projet réduit tout d'abord de 18 à 12 ans la durée nécessaire pour obliger à la transcription. Cette modification fut adoptée sans difficulté par la Commission ; le délai de 18 ans paraissait devoir **trop** lourdement peser sur l'acquéreur d'un immeuble ainsi affermé, qui a acheté dans l'ignorance de ce bail.

La loi de 1855 se bornait à décider que les baux de 18 années sont soumis à la transcription. Cette formule trop laconique laisse un doute au cas de renouvellement ; si un bail est renouvelé, plusieurs années avant son expiration, de telle sorte que la durée du nouveau bail ajoutée à ce qui reste à courir de l'ancien dépasse 18 années, y a-t-il lieu à transcription de ce renouvellement ? Le projet répond explicitement à la question et décide, en remplaçant

le chiffre de 18 par le chiffre 12, que la transcription sera obligatoire. C'est là une règle évidente et qu'il est superflu de justifier.

15. Nous ferions peut-être plus de réserves sur le paragraphe 3. Celui-ci reprend la disposition très sage de loi de 1855 qui déclare que les cessions ou quittances de loyers anticipées seront inopposables aux tiers, si elles n'ont pas été transcrites. Mais la loi de 1855 n'édicteait cette règle que pour le cas seulement où ces quittances et cessions portaient sur une période de 3 ans ; c'était un laps de temps parfaitement approprié.

Priver l'acquéreur pendant plus de trois ans des revenus de son immeuble eût été injustifié : l'immeuble subissant du fait de ces paiements anticipés une véritable dépréciation, il était équitable que l'acquéreur en fût informé.

Le projet du Gouvernement reprend cette idée avec une rigueur extrême qu'il est permis de trouver exagérée.

Il suffira désormais que la cession ou la libération anticipée porte sur une somme supérieure à une année de loyer ou de fermage ; c'est soumettre à la transcription des actes de bien minime importance. Mais, quoi qu'il en soit, on ne saurait penser à soumettre à la publicité les cessions de loyer faites à différentes personnes, pour une somme globale supérieure à la somme due annuellement par le preneur, si chacune de ces cessions n'est faite que pour une

somme inférieure à ce dernier chiffre. Il y a là un moyen de tourner la loi et les créanciers hypothécaires, ignorant ces cessions multiples, seront aussi bien lésés. M. de Loynes propose à ce sujet une disposition plus complète que celle du projet et qui assujettirait à la transcription tout acte ou tout jugement portant libération ou cession d'une somme correspondant au loyer ou au fermage d'une année ou d'une fraction d'année autre que celle qui est en cours au moment de la quittance ou de la cession ou qui suit immédiatement cet acte.

Sur un autre point enfin, le projet du Gouvernement appellerait une retouche. On sait la controverse qui s'élève sur le texte de la loi de 1855. Au cas de cession de loyer à venir, ou de quittance anticipée non transcrite, y a-t-il lieu pour l'acquéreur de considérer la cession ou la quittance comme non avenue pour le tout ? ou devra-t-il la respecter jusqu'à concurrence de 3 années ?

Les deux solutions ont été soutenues ; la première est la plus logique et la plus véridique, mais elle est bien rigoureuse, et des raisons d'équité peuvent faire préférer la seconde. Il importe peu d'ailleurs de savoir quelle est l'interprétation à donner à un texte obscur ou insuffisant. Il nous suffit ici de constater cette obscurité et cette insuffisance et de souhaiter qu'une précision intervienne qui y mette fin.

16. Nous en arrivons ainsi aux innovations très importantes consacrées dans les deux projets rela-

tivement aux mutations par décès. Ici on ne se trouve en présence d'aucune disposition antérieure qui puisse ou guider ou gêner la réforme : le silence de la loi est absolu. Les deux projets posent chacun le principe de la publicité ; mais, d'accord sur ce principe, ils diffèrent nettement quant à l'application.

Il ne saurait y avoir de doutes sur les avantages d'une pareille réforme (1). La propriété ne sera jamais solidement assise si, dans la série des propriétaires, il manque quelque chaînon. Le but d'une bonne publicité devrait être d'obtenir une généalogie juridique des immeubles par laquelle la liste exacte et complète des propriétaires successifs serait portée à la connaissance des tiers. Mais la mise en pratique d'une pareille réforme n'est pas sans offrir de réelles difficultés et nécessite une réglementation sérieuse.

Le projet du Gouvernement se contente à cet égard d'une formule générale, qui paraît insuffisante : « Sont aussi rendues publiques, dit l'article 3, les mutations par décès de droits réels immobiliers par la transcription, soit de l'acte constitutif ou déclaratif de la transcription de propriété, soit de la déclaration faite au Bureau de l'enregistrement. »

Les textes concis ont, au point de vue législatif, de grands avantages, et nos législateurs contemporains ne nous ont pas habitués à cette qualité. Mais il ne faut pas que le souci de la concision fasse ou-

1) Elle trouva cependant des opposants au sein de la commission.

blier aux auteurs des lois que leurs règles doivent avoir néanmoins une portée suffisante pour fournir la réponse, sinon aux difficultés de détail, du moins aux questions d'ensemble. Il faut aussi, lorsque la loi indique plusieurs moyens pour arriver à un résultat, qu'elle précise bien si ces moyens sont supplétifs les uns des autres, ou s'il convient de les cumuler ; ou enfin, dans quel cas il est préférable d'utiliser les uns plutôt que les autres. A tous ces points de vue, l'article 3 du projet est insuffisant.

Il ne fait aucune distinction entre les deux situations qui peuvent se présenter en matière de mutation par décès : les mutations testamentaires ou les mutations ab intestat. Le mode de publicité ne peut évidemment être le même dans les deux cas. Facile, en ce qui concerne les legs, au moyen de la transcription du testament, qui est bien « l'acte constitutif du droit de propriété » dont parle l'article 3, en matière de succession ab intestat, que devra-t-on transcrire, et quel sera cet acte constitutif ?

Il n'y a pas et il ne peut y avoir en matière de mutation par décès ab intestat, d'acte constitutif ; mais l'article 3 continue en parlant d'acte déclaratif, et il est permis de croire qu'il se préoccupe ici des mutations ab intestat. Or, qu'entend-on par acte déclaratif, à cet égard ? Le même article 3 prescrit la transcription de la déclaration faite au bureau d'enregistrement ; sans nul doute, il y a là un acte parfaitement susceptible de publicité, mais cette prescription est loin d'être satisfaisante, parce qu'elle manque des précisions nécessaires. L'exposé des mo-

tifs, parlant des actes déclaratifs dont la transcription assurera, aux termes de l'article 3, la publicité de la mutation par décès, cite, à titre d'exemple, les inventaires et les actes de notoriété. Dès lors nous nous demandons quel sera le mode efficace de publicité au milieu de tous ces actes. La transcription de la déclaration sera-t-elle toujours nécessaire ? Faudra-t-il et l'inventaire, et l'acte de notoriété, et la déclaration de succession ? Il y aurait là un amas inacceptable de formalités. Nous ne parlons pas de la question des frais, parce que l'exposé des motifs contient à ce sujet une promesse formelle de simplification de procédure et d'allègement des charges de la propriété foncière. On ne peut qu'enregistrer cette promesse en affirmant bien fermement la nécessité d'affranchir par une disposition formelle, les mutations par décès des droits de transcription.

17. Le projet de M. Thézard distingue très nettement au contraire les dévolutions ab intestat et testamentaires. Pour celle-ci, l'article premier les assimile complètement aux actes entre vifs, soumis à la publicité. C'est par la transcription du titre que l'on y pourvoira. L'article 3 vise, au contraire, les successions ab intestat et porte à cet égard la disposition suivante : « Il sera fait mention sur les registres des transcriptions de toute déclaration de succession ab intestat.

» Cette mention sera établie d'office par le conser-

vateur sur le vu de l'extrait qui devra lui être adressé par le receveur de l'enregistrement. »

Nulle part, mieux qu'en matière de mutation par décès, ne se fait sentir l'infériorité de la publicité personnelle sur la publicité réelle. Cette disposition du projet Thézard appliquée aux registres fonciers serait très satisfaisante : l'indication qu'une mutation par décès a eu lieu, faite sous le numéro de l'immeuble individualisé de telle ou telle façon, suffirait à renseigner pleinement les tiers. Avec le système de la publicité personnelle, il est à craindre que cette indication générale qui résultera de la déclaration de succession soit inefficace, tout autant d'ailleurs que la transcription même de cette déclaration, prévue par le projet du Gouvernement, pour avertir les tiers. A quels immeubles s'appliquera-t-elle ? Elle visera de façon vague certains domaines qui seront peut-être composés de parcelles composées, qui seront toujours susceptibles de modifications à l'infini. On ne saurait faire de ce procédé un moyen pratique de publicité, qu'en faisant accompagner la déclaration d'une description détaillée qui serait remise au conservateur au moment de la transcription. Mais ce serait là compliquer étrangement les déclarations de succession. Au contraire, dans le système de la publicité réelle, tout se simplifie et se clarifie : une simple mention sur un, deux, trois folios, répondant chacun à un immeuble bien individualisé, donnerait une sûreté et une clarté complètes à la condition juridique des immeubles.

•

18. La grosse difficulté est moins d'ailleurs dans l'organisation de la publicité des mutations par décès, que dans la sanction à donner au défaut de cette publicité.

Le projet Thézard et le projet du Gouvernement adoptent à cet égard des solutions différentes.

Le projet du Gouvernement ne fait aucune distinction : qu'il s'agisse de succession ab intestat ou de mutation testamentaire, la sanction est la même et elle est nettement formulée par l'article 4 : « Aucune aliénation ou constitution de droit réel ne peut être opposée aux tiers avant la transcription prescrite dans l'article précédent. »

C'est le système de l'inopposabilité absolue. Au contraire, la proposition de M. Thézard différencie les deux hypothèses : pour les testaments et donations de biens à venir, elle se borne à les ajouter par un paragraphe supplémentaire à l'énumération de l'article 1 de la loi de 1855 ; et elle décide, dans son article 2 (reproduisant l'article 3 de la loi sur la transcription) que, jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes prévus dans l'article 2 ne sauraient être opposés aux tiers. Elle laisse toutefois un délai de 6 mois pour les droits résultant de testaments ou de donations de biens à venir. Mais pour les successions ab intestat, la proposition Thézard se borne à fixer le principe qu'elles seront rendues publiques par la mention de toute déclaration de succession, sans parler de la sanction à faire intervenir. Il en résulte apparemment, que, dans ce

cas, l'obligation de faire la mention au registre du conservateur est purement morale, et que le manquement à cette obligation ne saurait entraîner de conséquences.

Une pareille disposition n'est point aussi dangereuse qu'elle peut le paraître. En fait, la publicité des mutations *ab intestat*, même non sanctionnée, sera le plus souvent parfaitement effectuée.

L'obligation de faire inscrire pèse sur les receveurs d'enregistrement : c'est à eux qu'il incombe, dès qu'ils auront reçu une déclaration, d'en dresser un extrait et de le communiquer au conservateur. Cette opération se fera donc régulièrement, et, pour ainsi parler, mécaniquement. Par cette collaboration des deux administrations, collaboration réclamée déjà en 1840 par certaines Cours, notamment par la Cour de Bastia, en tête de ses observations, on aboutit à une publicité à peu près certaine, et on évite d'être obligé de recourir à la sanction rigoureuse du projet du Gouvernement, l'inopposabilité.

Poser, en effet, cette règle que, faute de transcription de titre déclaratif de la mutation *ab intestat*, aucune amélioration, ni constitution de droit réel, ne pourra être opposée aux tiers, c'est méconnaître de graves objections. Sans doute on assure par là de façon beaucoup plus ferme la publicité de ces mutations : car, si l'héritier est négligent et ne fait pas transcrire, les tiers qui traiteront avec lui et qui ont plus grand intérêt à consolider le titre de leur auteur, se hâteront de faire accomplir cette formalité.

Mais, une première difficulté se pose, au sujet du compte à tenir, dans cette théorie, du système jurisprudentiel de l'héritier apparent.

19. A notre avis, il ne saurait y avoir de doute : cette jurisprudence s'évanouit, au moins en tout ce qu'elle n'a pas de conforme avec la nouvelle législation, ce qui revient à dire que la seule question qui se poserait devant la justice, sous la nouvelle loi, serait celle de savoir, non plus si la personne qui a accompli tel acte réunit en elle les conditions exigées pour constituer la qualité d'héritier apparent, mais tout simplement, si la mutation par décès a été oui ou non rendue publique.

Dès lors, nous n'admettrions pas la critique que l'éminent rapporteur de la Commission adresse au projet sur ce point. Se demandant quels sont les tiers, il déclare les chercher vainement en parcourant les diverses hypothèses possibles ; et écartant, ce qui est indiscutable, les tiers auxquels le défunt a consenti des droits, et qui n'ont rien à voir avec la mutation de la transcription par décès, il en arrive aux tiers auxquels un individu non héritier aurait consenti une aliénation ou une constitution de droits réels sur un bien héréditaire, et il fait à ce propos le raisonnement suivant : « De deux choses l'une : ou cet individu réunira les conditions requises pour être réputé héritier apparent, et alors l'aliénation par lui consentie pourra être valable, aux termes de la jurisprudence, ou bien il ne sera qu'un vulgaire usurpateur, sans sérieuse appa-

rence de droit, et alors, quand même il aurait fait transcrire une déclaration de mutation qu'il aurait cru devoir faire, et quand même les véritables héritiers n'auraient pas fait leur déclaration ou ne l'auraient pas fait transcrire, il serait souverainement inique de donner effet contre eux aux aliénations ou hypothèques consenties par cet usurpateur, en faveur de tiers qui seraient difficilement de bonne foi. »

Oui, sans doute, sur le premier point, si les conditions exigées chez l'héritier apparent se trouvent réalisées, la transcription n'apportera rien de nouveau et ne fera que confirmer les résultats déjà acquis par la jurisprudence. Mais qui ne voit combien les choses seront simplifiées, si au lieu d'avoir à analyser les circonstances toujours assez complexes de la qualité d'héritier apparent, on peut se contenter d'une pure constatation de fait, d'un simple examen des registres. Dans la première hypothèse du dilemme de M. Thézard, on peut donc estimer que la solution du Gouvernement est assez satisfaisante. Mais sur le second point, la critique du rapporteur est pleinement justifiée. Il est certain que si on veut que la transcription produise effet en dehors des cas où pourrait agir à l'heure actuelle l'héritier apparent, on aboutira à des conséquences extrêmement choquantes : la nécessité de la transcription, sanctionnée par l'inopposabilité, amènerait le triomphe de l'injustice et favoriserait les usurpateurs de propriétés, les voleurs d'immeubles. Dès lors que le conservateur n'a aucune responsabilité, s'il s'en

tient au bordereau ou à l'extrait qui lui est soumis, dès lors qu'aucune justification n'est nécessaire de la part du requérant, un usurpateur vulgaire peut intervenir et faire inscrire un droit qu'il n'a jamais eu ; c'est toute la question de la force probante qui se pose, et qui ne saurait admettre deux solutions : pas de force probante sans justification suffisante préalable.

C'est sur ce point que nous ferions alors porter notre critique ; et pour rendre la sanction de l'inopposabilité admissible, nous voudrions voir introduire dans la loi qui organiserait la publicité des mutations par décès, certaines garanties spéciales relatives aux mutations *ab intestat* ; l'exposé des motifs du projet du Gouvernement, qui indique la transcription de l'acte de notoriété ou de l'inventaire comme un moyen d'assurer cette publicité, semble bien entrer implicitement dans cette voie. Les résultats acquis à la Commission juridique du cadastre, peuvent ici être d'un grand secours et aider à réformer sur ce point un texte rédigé sans doute de façon trop hâtive, qui ne tient aucun compte des difficultés délicates que son application entraînerait.

20. Les raisons et les arguments que nous venons d'indiquer ne s'appliquent pas avec la même force aux libéralités testamentaires. Ici, en effet, il y aura le plus souvent un titre présentant des garanties sérieuses de sécurité, et le conservateur opérant l'inscription au nom de la personne indiquée dans ce

titre, respectera le plus souvent la vérité. Il faudrait se placer dans l'hypothèse assez rare d'un testament faux, pour que l'inscription consacrat une usurpation. Cette hypothèse du testament faux se rencontrera beaucoup moins facilement que ne peut se rencontrer, en matière d'actes entre vifs, un faux sous seing privé. Or, dans ce dernier cas, les principes généraux de notre droit, qui n'admet pas la force probante, empêchent les tiers de se réclamer de cette inscription, qui ne repose sur aucun acte valable. Pour la même raison, nous admettrions qu'une inscription, prise dans ces conditions, ne saurait nuire aux véritables ayants-droit, et que le tiers, qui aurait traité sur la foi de cette inscription, prise en vertu d'un titre faux devra être sacrifié. Ce nous est une raison de plus pour réclamer, à cette nouvelle occasion, l'introduction dans notre droit du principe de la force probante, combiné avec les justifications nécessaires.

Quoi qu'il en soit, les deux projets que nous étudions adoptent sur ce point la même solution : dans l'un comme dans l'autre, le défaut de transcription du testament ou de la donation de biens à venir, a pour sanction l'inopposabilité (1).

Mais ici encore, le projet de M. Thézard se montre supérieur au projet du Gouvernement. L'article 2, après avoir posé le principe, que, jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes précédents ne

(1) P. Thézard, art. 2. — P. Gouvernement, art. 4.

peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois, ajoute la disposition suivante : « Toutefois, les droits résultant des testaments ou donations des biens à venir, seront opposables si la transcription a été faite dans le délai de six mois, à partir du décès. »

Disposition très sage, et que nous ne saurions qu'approuver ; il ne s'agit pas, en effet, seulement de protéger les tiers, il faut penser au légataire ; c'est surtout lui qui doit bénéficier de la transcription. En effet, l'hypothèse vraiment pratique, dans laquelle s'engagera le conflit que doit trancher la transcription, ce n'est pas celle où les tiers auraient acquis d'un propriétaire légalement apparent, car dans ce cas, les solutions de la jurisprudence validant les actes consentis par cet héritier apparent, suffiraient à maintenir les droits de ces tiers. C'est beaucoup plutôt celle où le légataire se trouverait en présence d'un tiers ayant acquis de l'héritier lui-même des droits sur le bien légué. Si l'acquéreur de l'héritier fait transcrire avant la transcription du legs, cet acquéreur opposera au légataire son droit régulièrement conservé, et lui déclarera que le titre, par lequel le défunt a disposé de son bien, n'étant pas rendu public, ne saurait lui être opposable. Cette solution est satisfaisante ; mais elle peut devenir trop rigoureuse en ce que, appliquée sans réserves, elle aboutira à faire décider que le légataire ou ses ayants cause seront toujours dépouillés par les tiers auxquels l'héritier aura consenti des droits sur les im-

meubles légués, avant la transcription du legs, fût-ce même dès les premiers jours de l'ouverture de la succession ; bien plus, ils subiront l'effet des hypothèques sur les biens à venir existant du chef de cet héritier, qui au moment même de l'ouverture de la succession viendront frapper tous les immeubles héréditaires. C'est l'application logique du projet du Gouvernement.

Dans sa proposition, M. Thézard estime, à très juste raison, qu'il faut accorder un certain délai au légataire pour lui permettre de procéder à la transcription, prise dans ce délai, qui serait de six mois dans le projet Thézard ; elle rétroagirait au jour de l'ouverture de la succession.

21. Cette disposition complète de façon très heureuse la théorie de la non-opposabilité appliquée aux libéralités testamentaires non transcrites. Mais la Commission rejeta l'ensemble de la théorie et refusa, comme pour les successions ab intestat, d'appliquer la sanction de l'inopposabilité aux mutations testamentaires. La théorie de l'héritier apparent devait suffire à ses yeux pour protéger les tiers, et la transcription ne saurait les intéresser : les actes de vente ou d'hypothèque consentis par l'héritier naturel au détriment de l'héritier testamentaire seront réputés valables à l'égard de tous. La seule personne à qui la transcription sera utile sera le légataire lui-même, puisqu'elle fera obstacle par la publicité qu'elle réalisera du droit de ce légataire, à ce que les tiers puis-

sent invoquer la qualité d'héritier apparent de bonne foi. Dès lors, en dehors de toute question d'inopposabilité, le seul intérêt du légataire suffira à pousser celui-ci à faire transcrire ; et du reste, pour assurer davantage l'exécution de cette formalité, la Commission le frappe d'une amende de 100 francs, s'il venait à la négliger (1).

Nous préférons de beaucoup à cette solution, la solution de la proposition Thézard ; la Commission fait état d'une jurisprudence extrêmement contestable, et il serait à souhaiter qu'une réforme de ce genre, sans toucher toutefois à la matière des successions, mît fin au système arbitraire et peu juridique que les Cours et tribunaux ont consacré.

22. Supposons maintenant, que sans avoir lui-même fait transcrire le testament qui l'investit de la propriété d'un immeuble, le légataire consente un droit quelconque sur cet immeuble, et que le tiers acquéreur conserve son titre conformément aux lois ; supposons que plus tard un second acquéreur du même immeuble, tenant également ses droits du légataire, fasse transcrire à la fois et son propre titre et le titre de son auteur, le légataire. Lequel de ces deux acquéreurs sera-t-il préféré à l'autre ? Rien dans le projet du Gouvernement ne répond à la question, et c'est là une lacune grave qu'il fallait signaler. Le Code civil italien décide formellement (2) que la trans-

(1) P. Com., art. 4.

(2) Art. 1941.

cription du titre originaire profite à tous les intéressés, et par conséquent, au premier acquéreur qui pourra opposer son droit à quiconque, s'il l'a lui-même régulièrement conservé. Cette solution est très discutable, et nous préfererions décider qu'aucun droit, même rendu public, ne peut être opposé aux tiers, s'il dérive lui-même d'un droit précédent qui n'aurait pas été transcrit. Une disposition législative est en tous cas indispensable pour trancher la difficulté.

23. Il conviendrait aussi que le projet s'expliquât sur ce qu'il faut entendre par le mot tiers, et, spécialement, si les créanciers chirographaires peuvent être comptés parmi eux ? L'article 4 semble devoir faire adopter l'affirmative ; car il emploie le mot dans son acception la plus générale, sans que rien en vienne limiter la portée. Les conséquences peuvent en être graves ; il faudrait notamment décider que les créanciers chirographaires de l'héritier pourraient saisir les immeubles héréditaires aliénés par l'héritier, et dont l'aliénation a été transcrite, si la mutation par décès n'a pas été rendue publique ; on déciderait de même avec juste raison, toujours dans la même hypothèse, que les créanciers chirographaires viendraient au marc le franc avec les créanciers hypothécaires dont le titre aurait été transcrit. Toutes ces conséquences se produiraient dans le cas où l'on adopterait la solution que nous défendions tout à l'heure, au cas de mutation par décès non transcrite,

suivie d'aliénation ou de constitution d'hypothèque régulièrement publiée (solution contraire au Code civil italien). Le projet n'est donc pas suffisant sur tous ses points, et appelle des précisions complémentaires.

24. Le projet apporte, en revanche, des améliorations notables sur l'importante matière de la publicité des causes de résolution ou d'annulation.

Déjà la loi de 1855, au moins sur un point, s'était préoccupée de la question, en obligeant de faire mention, en marge de la transcription, du jugement prononçant résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit (art. 4). L'article 5 contient la même obligation ; mais alors que la loi de 1855 l'a sanctionné de façon très rationnelle, en frappant d'une amende l'avoué négligent, le projet ne dit mot de la sanction ; c'est une lacune importante et qui peut faire longtemps hésiter : si nous nous en tenons à l'exposé des motifs, il semble en résulter que le jugement non transmis serait inopposable aux tiers (1). Il semble cependant improbable que le projet ait voulu rendre plus rigoureuse la sanction de la loi de 1855. En tous cas, ici encore, une disposition précise s'impose.

La loi de 1855 ne parlait que des jugements ; le projet généralise la publicité ; les articles 7 et suivants traitent de l'action en résolution. Aux termes de l'article 7, « l'action en résolution de tout acte

(1) « Cette mention, bien entendu, aura le même effet que la transcription. » (Exposé des motifs.)

soumis à la transcription ne produit d'effet à l'égard des tiers que si la cause de résolution a été mentionnée dans l'extrait de l'acte transcrit au bureau des hypothèques. » Les dispositions du projet dans cet ordre d'idées sont peu précises et d'une utilité contestable. Le projet semble dire qu'il n'y aura de causes de résolution opposables aux tiers que celles qui auront été insérées dans l'acte. Mais quelle est la portée d'une pareille décision ? A notre avis, elle est nulle, ou bien elle est inacceptable. En effet, de deux choses l'une. La transcription de l'acte doit par elle-même suffire à faire connaître aux tiers les causes de résolution possibles : qu'elles soient exprimées formellement ou qu'elles existent, sans être exprimées, par l'effet de la loi : en ce cas, la disposition du projet est surabondante. Ou bien le projet a voulu exiger la mention de toutes les causes de résolution possibles ; et alors les conséquences en sont inadmissibles, puisque, pour une simple omission, on pourra renoncer à des causes de nullité auxquelles la loi attache une grande importance. Ainsi, il faudrait indiquer expressément la clause de révocation pour survenance d'enfant, ou pour inexécution des charges, ou pour défaut de paiement du prix, ou enfin la cause de résolution la plus générale visant tous les contrats synallagmatiques relativement à l'inexécution des conditions. Ce serait une obligation que nous ne pouvons accepter. Il semble bien pourtant que c'eût été là la pensée du projet, car, d'une part, nous l'avons dit, l'article 7 est sans portée en dehors

de cette obligation et, d'autre part, ce même article 7 fait une restriction qui semble impliquer la solution que nous combattons : « toutefois cette disposition ne s'applique pas à l'action en réduction des libéralités qui excèdent la quotité disponible ». Ainsi un texte a paru nécessaire pour dispenser expressément cette dernière cause de résolution de l'obligation de la publicité. N'est-ce pas dire par là que cette seule action sera opposable aux tiers, quoique la cite, et qu'il faut exprimer formellement toutes les causes de révocation ? Si c'est là la pensée du projet, elle est très discutable et, à notre sens, très fâcheuse.

25. L'article 10 soumet expressément à la publicité une cause éventuelle de résolution d'une assez médiocre importance pratique ; il s'agit de la clause stipulant le rapport en nature d'une donation des droits réels immobiliers : « Cette clause, dit l'article 10, n'est opposable aux tiers que si elle a été rendue publique dans la forme prescrite par l'article 7. » Cette obligation est facilement réalisable ; mais une pareille clause est bien rare, et la sphère d'application de l'article 10 sera bien limitée. Cette disposition est du reste, par ailleurs, assez critiquable : « Le texte proposé, dit M. Thézard dans son rapport, ne peut avoir qu'un résultat : faire naître des doutes sur le cas où la donation ne contiendrait aucune clause sur le mode de rapport. Alors, c'est le rapport en nature qui est de principe et ce rapport a pour effet de faire évanouir les droits des tiers

auxquels le donataire aurait consenti des hypothèques ou des servitudes. Faudrait-il admettre ces tiers à faire valoir leurs droits contre les autres héritiers en les autorisant à opposer la non-transcription de l'obligation de rapport en nature ? Il est difficile de l'admettre ; le texte ne vise que le cas d'une clause formelle et non celui de l'effet de la loi : cet effet, d'ailleurs, est connu par lui-même, dès lors qu'on sait que la donation a été faite à un héritier éventuel (1).

26. Nous pouvons faire la même remarque sur l'article 8 : il est tout au moins inutile. Cet article accorde aux tiers, auxquels la résolution pour inexécution des conditions serait opposable, le droit d'en prévenir l'effet en procurant l'exécution. Ce droit peut être exercé tant que la décision prononçant la résolution n'est pas passée en force de chose jugée. Il n'y a là en réalité qu'une application du droit commun, l'article 1166 étant suffisant à donner à l'acquéreur soumis à l'action en résolution la faculté que lui reconnaît l'article 8.

27. L'article 9 consacre, par contre, une réforme, discutable à coup sûr au point de vue juridique, mais qui nous paraît bien fondée en équité. Il décide que « lorsqu'une action en résolution ou revendication porte préjudice au droit des créanciers privilé-

1. Thézard, *op. cit.*, p. 77-78.

giés ou hypothécaires, les sommes que le propriétaire antérieur ou le revendiquant peut être tenu de rembourser sont attribuées aux créanciers selon leur rang ». Ainsi donc, même après la résolution ou la revendication, les créanciers hypothécaires du propriétaire évincé conserveront certains droits. Cela est contraire à l'article 2125, aux termes duquel la résolution du droit du constituant anéantit rétroactivement l'hypothèque. Mais déjà le Code civil faisait échec à ce principe dans un cas spécial : lorsqu'un immeuble hypothéqué a fait l'objet d'un délaissement de la part d'un tiers détenteur et a été ensuite exproprié et adjugé, le délaissement opère résolution du droit de propriété du tiers détenteur ; mais cette résolution n'est pas tellement absolue que ce tiers doive à tous les points de vue être considéré comme n'ayant jamais été propriétaire ; aussi, s'il reste un excédent de prix en sus de la somme nécessaire pour payer les créanciers inscrits sur le précédent propriétaire, cet excédent est-il attribué aux créanciers du tiers détenteur suivant l'ordre de leurs inscriptions (1). A son tour la loi du 19 février 1889 a étendu le droit des créanciers hypothécaires à l'indemnité d'assurance payée au propriétaire ; cette indemnité ne représente pas cependant la chose et ne constitue pas un prix. La disposition de l'article 9 du projet ne fait que généraliser cette tendance ; elle donne une solution pleine de justesse et d'équité, car il est

(1) Art. 2177, 2°.

raisonnable que des créanciers hypothécaires qui ont compté sur la chose revendiquée soient préférables lors de la distribution des deniers provenant de cette chose aux créanciers simplement chirographaires qui ne devaient pas compter sur l'argent à retirer de cette même chose.

28. Ne faut-il pas aller plus loin et voir dans la règle de l'article 9 une application du principe de la force probante des registres du conservateur ? On peut en douter, puisqu'il est acquis que le projet n'a pas admis le principe de la force probante. Mais le contraire n'est pas certain, car, et c'est une remarque générale qu'il convient de faire en terminant, on est frappé de la propension que manifeste, peut-être involontairement, le projet, de faire de la publicité un titre légal et absolu. Le projet fut rédigé au moment où se discutaient les réformes de la Commission du cadastre, la théorie du Livre Foncier, le système de la légalité semblent avoir pesé d'un poids très lourd sur l'esprit des rédacteurs du projet. Seulement, comme ce dernier maintenait par ailleurs les règles générales de notre droit et comme le système de la légalité ne saurait être admis sans un bouleversement total de ces règles, il en résulte une certaine imprécision et une certaine incohérence dans l'ensemble du projet, c'est une des raisons, et non la seule, qui nous pousserait à préférer la réforme très simple, mais immédiatement réalisable, que consacrent les quatre articles de la proposition Thézard.

29. Toute cette théorie élaborée dans les articles 7 et suivants du projet Darlan et concernant la publicité des causes en résolution fut rejetée par la Commission. Celle-ci se borne à reprendre le principe de l'article 4 de la loi de 1855 et de l'étendre à tous les actes constatant une résolution ou une version d'actes transcrits. Pour tous, elle fixe la même sanction uniforme : une amende de 100 francs contre l'avoué ayant obtenu le jugement ou contre les parties intéressées.

30. Mais, par contre, l'article 7 du projet de la Commission, entièrement nouveau, consacre une réforme qui mérite d'être signalée. La Commission s'est émue de ce que les tiers n'étaient le plus souvent pas avertis en temps utile de l'action en résolution dirigée contre leur auteur. Or, ils auraient le plus grand intérêt à la connaître avant qu'elle ait abouti à une décision passée en force de chose jugée. Car jusque-là les tiers, pour éviter cette résolution qui ruinerait leurs droits pourraient exécuter eux-mêmes les charges, et par là empêcher l'anéantissement du contrat. Il faut donc leur permettre d'exercer cette faculté en temps utile et, pour cela, il faut qu'ils soient avertis. La Commission emprunte le système d'avertissement de l'article 751 du Code de procédure, qui organise un mode de notification économique : l'avertissement par lettre chargée, expédiée par le greffier du Tribunal : « Toute action en annulation, rescision ou résolution d'un acte

transcrit, devra être notifiée au moyen d'une lettre chargée adressée par l'avoué du demandeur à toutes personnes ayant acquis des droits sur l'immeuble et qui les auront conservés par transcription ou inscription. Elles pourront intervenir dans l'instance pour la conservation de leurs droits, et il ne pourra être pris jugement qu'après un mois depuis la notification, outre le délai des distances. Tout acte amiable de consentement à l'annulation, rescision ou résolution devra être notifié de la même façon et le délai sera accordé pour contester ou empêcher l'effet dudit acte. »

31. Nous en avons fini ainsi avec la proposition Thézard et avec la partie du projet Darlan relative à la publicité des actes intéressant la propriété immobilière. Nous avons vu quelles modifications importantes la Commission avait apportées au projet du Gouvernement, notamment quant à la sanction à donner au défaut de publicité et quant à l'organisation de la publicité des causes de résolution. Il est permis de trouver que dans certains cas tout au moins, ces sanctions ne seront pas assez énergiques. A l'heure actuelle la proposition Thézard nous paraît devoir fournir la solution la plus heureuse entre ces nécessités contradictoires. La loi de 1855 appelle des améliorations, mais non une refonte totale. Tout au plus nous permettrons-nous d'objecter à la proposition Thézard le défaut absolu de sanction en ce qui concerne la publicité des mu-

tations ab intestat, et, en second lieu, l'impossibilité actuelle en l'état de notre cadastre, d'utiliser ce dernier pour préciser les renseignements à publier, comme le veut l'article 4 de la proposition. La Commission a réservé ce dernier point, laissant à la pratique le droit de préparer la loi. C'est là en effet la solution la plus simple.

DEUXIÈME PARTIE

DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES

32. Il est à peine besoin d'indiquer que le projet du Gouvernement, qui seul désormais nous intéresse (la proposition Thézard ne touchant pas à la matière des hypothèques proprement dite), pose comme principe général l'obligation de soumettre tous les droits réels affectant l'immeuble à la spécialité et à la publicité : ce sont là des nécessités qui ont apparu si évidentes qu'on concevrait mal un projet de réforme qui ne les consacrerait pas au moins en thèse générale. Reste à savoir si les procédés imaginés pour les réaliser donnent satisfaction aux légitimes désirs que soulève le régime actuel.

33. La matière des privilèges donne lieu dans le projet du Gouvernement à un certain nombre de modifications de valeur inégale.

Les privilèges généraux, tout d'abord, conformément à la plupart des projets précédents, sont supprimés (art. 12) et les articles 2104 et 2106 abrogés : on connaît assez les raisons de cette disposition.

Ces raisons ne satisfirent point la Commission : et une vive opposition se manifesta contre l'article 12. Toutefois, pour satisfaire au moins partiellement à la pensée du projet, quelques solutions intermédiaires furent proposées ; on demanda qu'il fût fait un choix entre les différents privilèges généraux, certains d'entre eux pouvant concerner des créances plus considérables que d'autres ; on demanda également que, tout en maintenant la règle du Code, c'est-à-dire la préférence des privilèges généraux sur les autres droits grevant l'immeuble, cette préférence ne pût tout au moins s'exercer qu'à l'encontre des hypothèques et non à l'encontre des privilèges spéciaux. Aucune de ces atténuations ne satisfit la Commission. L'argument essentiel qui motivait la réforme : empêcher que des créanciers premiers en rang sur un immeuble donné, fussent primés par d'autres créances s'exerçant sur l'ensemble du patrimoine préférablement à toutes autres, ne put faire oublier à la Commission les considérations graves d'humanité et d'ordre public, qui avaient inspiré les rédacteurs du Code, considérations appuyées d'ailleurs par ces excellentes raisons pratiques : que les créances garanties de la sorte sont relativement minimales, que les créanciers hypothécaires peuvent facilement les prévoir, et évaluer leur montant ap-

proximité, qu'ils ont dès lors toute liberté pour exiger des garanties en conséquence. La réforme fut donc rejetée par la Commission et les dispositions du Code maintenues intégralement.

34. Quant aux privilèges spéciaux, le projet du Gouvernement réalise d'abord, par prétérition, une suppression. Le privilège des architectes et entrepreneurs (Code civil, art. 2103 § 4) ne figure plus dans l'article 13 du projet. C'est une innovation grave qui fut fort discutée. On connaît les diverses fortunes de ce privilège au cours des tentatives diverses de réforme. Il est incontestable que, pratiquement, cette disposition ne se fera guère sentir, ce privilège étant rarement usité ; d'autre part, il est juste que le constructeur soit colloqué tout le premier sur la plus-value qu'il a donnée à l'immeuble. L'exposé des motifs se borne à indiquer qu'il n'y a pas à maintenir aux entrepreneurs et ouvriers un droit de préférence sur d'autres fournisseurs. Mais il oublie qu'il n'y a aucune analogie entre les constructeurs en général et les autres fournisseurs, et qu'au surplus ces derniers ont leurs privilèges. Quand les constructeurs, continue l'exposé, sont appelés à exercer leur industrie, ils doivent s'enquérir de la solvabilité de la personne qui les emploie, et peuvent exiger une hypothèque. Mais il est facile de répondre à cet argument : ce serait là en effet le moyen de faire primer le constructeur par tous les créanciers antérieurs qui bénéficieraient indûment des travaux ac-

compris par le constructeur. Ces raisons l'emportèrent au sein de la Commission ; ici encore, le projet du Gouvernement fut mis en échec : le privilège des architectes fut maintenu.

35. Beaucoup moins importante était la suppression des §§ 2 et 5 du même article 2103. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que ces deux dispositions sont surabondantes, ne faisant que formuler une conséquence normale de la théorie de la subrogation, une application régulière de l'article 1250. Il s'agit du privilège accordé au bailleur de fonds employés, soit à l'acquisition d'un immeuble (subrogation au privilège du vendeur), soit à payer les architectes, entrepreneurs, etc. (subrogation au privilège de ces derniers). Cette suppression, qui est de pure forme, fut ratifiée par la Commission.

36. La créance des frais de justice « pour la réalisation de l'immeuble et la distribution du prix » figure au premier rang du nouveau projet : elle n'existait pas dans l'article 2103 ; mais il n'y a pas en réalité de nouveauté au fond ; c'est le maintien de la situation actuelle ; seulement le projet du Gouvernement ayant supprimé les articles 2104-2105, il fallait insérer cette créance dans l'énumération nouvelle des privilèges grevant l'immeuble.

37. Le privilège du vendeur est conservé sans modification. Peut-être eût-on pu apporter quelques

précisions sur quelques points douteux (1). On l'entend à deux hypothèses voisines : à l'échangiste pour la soulte stipulée dans l'acte d'échange, et pour la garantie au cas d'éviction ; au donateur, pour les charges et prestations imposées au donataire. La Commission sanctionna ces innovations que nous avons déjà suffisamment justifiées.

38. Le privilège des copartageants se substitue dans la rédaction nouvelle au privilège des cohéritiers ; c'est une modification de pure forme, mais qui apporte une précision nécessaire. De plus, la détermination de l'assiette du privilège est faite de façon beaucoup plus détaillée que dans le Code, ce qui, sans doute, ne change rien au fond des choses, mais ce qui dissipe certains doutes auxquels pouvait donner lieu la rédaction incomplète de l'article 2103 : « La créance des copartageants, dit l'article 13 du projet, savoir : pour les soultes et retours de lots sur les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte ; pour le prix de la licitation sur le bien licité ; pour la garantie des lots, sur chacun des immeubles compris dans le partage » (2).

39. Mais l'addition la plus importante que l'article 13 du projet apporte au texte de l'article 2103

1. Voyez le détail de ces difficultés dans Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome II, n° 1659.

2) Ce texte donne, quant au privilège pour soulte ou retour de lot une solution contraire à la solution généralement admise. Voyez Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 623.

est consacrée par le § 4, qui indique, parmi les privilèges sur les immeubles : le privilège des créanciers d'une succession et des légataires dans les termes de l'article 2111 du Code civil.

C'est la confirmation de la théorie jurisprudentielle, qui fait de la séparation des patrimoines un privilège immobilier. Ce n'est donc pas une innovation proprement dite ; mais par là sont résolues les difficultés soulevées par une pareille théorie dans la doctrine. Par là, aux yeux du rapporteur, est notamment consacré au profit des créanciers le droit de suite sur les immeubles de la succession, ce droit de suite étant un des attributs des privilèges immobiliers.

40. Cette question du droit de suite nous amène à parler de l'importante question de la conservation des privilèges, au sujet de laquelle le projet contient d'intéressantes dispositions.

Le Code civil pose le principe de la publicité des privilèges dans son article 2106 : « Entre les créanciers, les privilèges ne produisent effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par l'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent. » Le projet reprend textuellement cet article ; mais généralisant de façon absolue la publicité, il supprime le dernier membre de phrase, réservant les exceptions ; dans tous les

cas, une inscription sera nécessaire. Il aurait dû faire davantage et, simplifiant l'article, mettre fin à une controverse très grave, mais qui ne sort guère du domaine de la théorie. La doctrine n'est pas fixée sur la portée de cette disposition. La majorité des auteurs décide que cet article subordonne à la condition d'une inscription, non pas le rang du privilège, mais son effet, son efficacité. Il voudrait dire que le créancier ayant privilège sur un immeuble ne peut pas s'en prévaloir à l'égard des autres créanciers tant qu'il ne l'a pas fait inscrire ; mais l'inscription une fois prise, le créancier pourrait venir exercer son privilège au rang que lui assigne la qualité de la créance, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard pour déterminer le rang à la date de l'inscription (1). D'après un second système qui a été admis par arrêt de la Chambre civile du 12 décembre 1893 (2), et que M. de Loynes a développé dans une très remarquable note au Dalloz sous cet arrêt, l'article 2106 signifierait que les privilèges ne conservent le rang qui leur est assigné à raison de la faveur de la créance à laquelle ils sont attachés, qu'autant qu'ils sont rendus publics avant la naissance de la créance ou tout au moins au moment où elle prend naissance. En réalité, si l'on va au fond des choses, on constate que cette règle de l'article 2106 ne peut s'appliquer, dans le système du Code, qu'au privilège

(1) Voyez dans de Loynes, *op. cit.*, les références de la doctrine, I, 801.

(2) D. 94-I-225.

du constructeur, d'un usage bien peu fréquent, les autres privilèges ayant leurs règles spéciales. Or, le projet du Gouvernement supprimant ce privilège, la règle devenait sans objet. Elle a, en fait, d'autant moins sa raison d'être dans le système du projet que les inscriptions du privilège, pourvu qu'elles soient prises dans les délais fixés, ont toujours un effet rétroactif et confèrent au titulaire le droit d'être préféré aux créanciers hypothécaires du nouveau propriétaire : « Dès lors, il n'est plus exact de dire que les privilèges ne produisent seulement effet qu'à la date de leur inscription, il suffit donc de poser le principe que leur efficacité est subordonnée à la condition d'une inscription requise dans les délais fixés par les articles suivants » (1). Nous concluons donc à un remaniement complet de l'article 2106, et c'est en effet ce que réalise la Commission qui donne à cette disposition une formule satisfaisante : « Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles que s'ils ont été rendus publics par l'inscription et de la manière déterminée par la loi » (2).

Cette question de principe tranchée, examinons par quel mode de publicité le projet assure la conservation de chacun des privilèges immobiliers.

41. Il ne saurait y avoir de difficultés pour le pri-

(1) De Loynes, *Revue critique*, 1897, p. 367.

(2) Art. 3 du Projet de la Commission.

vilège des frais de justice : il échappe par sa nature même à toute obligation de publicité. L'article 14, qui correspond au 2107 du Code, l'en dispense formellement ; c'est la seule créance qui échappe à la règle générale.

L'article 15 réunit dans la même disposition les privilèges du vendeur, du donateur, de l'échangiste et du copartageant et les soumet à des règles uniformes et précises. Ces privilèges ne se conserveront que par une inscription : la transcription ne saurait y suppléer. Mais le conservateur est tenu d'opérer cette inscription d'office au moment de la transcription du titre, d'où le privilège résulte. Enfin, cette inscription aura un effet rétroactif et le privilège inscrit dans les trente jours de l'acte emportera préférence sur toute inscription prise du chef du nouveau propriétaire.

Ces règles sont parfaitement nettes. L'article 2103-1° portait dans son second alinéa que s'il y avait plusieurs ventes successives, dont le prix était encore dû, le premier vendeur était préférable au second, et ainsi de suite. Le projet ne reproduit pas cette solution, qui serait surabondante. Le principe général suffit à nécessiter cette solution.

L'article 15 appelle cependant quelques observations critiques.

La première concerne la durée du délai. La Commission chargée d'étudier le projet trouva le délai de 30 jours insuffisant : la loi de 1855 parlait de 45 jours, le Code de 60 ; ce fut ce dernier délai qu'elle

adopta. On peut trouver qu'il est bien considérable ; la rétroactivité à si longue échéance risque de préjudicier aux tiers ; ceux-ci, dit le rapport, seront victimes de leur imprudence ! Il n'en est pas moins vrai que pendant 60 jours l'immeuble échappera à toute transaction, ce qui n'est pas pour faciliter les mutations immobilières.

Mais la grave difficulté n'est pas là ; le texte ne parle que du droit de préférence. Que décider à l'égard du droit de suite ? Si une aliénation a lieu avant inscription du privilège, mais pendant le délai utile pour inscrire celui-ci, l'inscription postérieure conservera-t-elle le privilège à l'encontre du tiers acquéreur ?

Le sens du projet n'est pas douteux : le droit de suite n'est pas conservé ; il se trouvera éteint quoique l'inscription du privilège ait été requise dans les 30 jours (60 jours d'après la Commission), si elle est postérieure à la transcription d'une nouvelle aliénation. Cela résulte clairement du texte même que nous examinons qui ne parle que de la préférence sur toute inscription prise du chef du précédent propriétaire ; cela résulte non moins clairement de l'article 11 du projet qui abroge la loi du 23 mars 1855 : cette loi, dans son article 6, avait expressément prévu l'hypothèse qui nous occupe ; elle accordait un délai de 45 jours pendant lequel le vendeur et le copartageant pouvaient faire utilement inscrire leurs privilèges, nonobstant toute transcription d'actes faite dans ce délai. Le projet du Gouvernement accuse

manifestement un recul sur la loi de 1855 ; il est de toute justice que ce même délai de faveur profite au copartageant, ou au vendeur, aussi bien contre ceux qui deviendraient acquéreurs que contre ceux qui deviendraient créanciers dans les 30 jours (ou 60 jours) du partage ou de la vente. Le projet sacrifie par là des droits très respectables et favorise singulièrement la fraude. La Commission ne pouvait laisser passer cette disposition sans la corriger : « Nous devons conclure, déclarait le rapporteur, au maintien du délai de faveur tant pour le droit de suite que pour le droit de préférence. » Le texte de la Commission n'est cependant pas satisfaisant : il n'interdit en effet que la constitution d'hypothèque pendant le délai de 60 jours, sans dire un mot de l'aliénation. Il tombe par là sous les mêmes critiques que le projet du Gouvernement : cette disposition est à modifier.

42. Le même article 15 du projet qui, dans sa première partie, modifie, comme nous venons de le voir, l'article 2108 du Code, remplace, dans sa partie finale, l'article 2109 par une disposition nouvelle qui correspond, en la complétant, à la loi du 23 mars 1855 ; il s'agit de la grave question de l'action résolutoire, auquel le nouveau texte ajoute l'hypothèse de la folle enchère : « L'action résolutoire et l'action en folle enchère, dit le nouvel article 2109, ne peuvent s'exercer après la péremption de l'inscription du privilège. »

Cette disposition soulève un certain nombre de questions intéressantes sur lesquelles l'accord est loin d'être fait.

L'article 7 de la loi de 1855 pose la règle bien connue : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. »

Nous n'avons pas à revenir sur le principe de cet article ; nous l'avons assez longuement étudié en analysant le projet de 1850. Le projet actuel adopte la même solution : le vendeur qui a perdu son privilège ne peut plus exercer l'action résolutoire.

Mais tout d'abord nous remarquons que le champ d'application du nouveau texte est beaucoup plus étendu que celui de l'article 7. L'article 7 ne concerne en effet que l'action résolutoire de l'article 1654, c'est-à-dire l'action résolutoire tacite ; le nouvel article 2109 parle simplement de l'action résolutoire : ce terme général embrasse plusieurs hypothèses. Il comprend, sans nul doute, l'action résolutoire expresse de l'article 1656 ; déjà, sous la loi de 1855 et malgré la formule restrictive de l'article 7, certains voulaient assimiler les deux hypothèses (1). Il doit comprendre aussi sans difficulté l'action en

(1) Cf. Controverse dans : Jurisprudence générale, v^o Transcription, n^o 621, et Supplément *eodem verbo*, n^o 210.

résolution pour inexécution par l'une des parties de ses engagements, prévue par l'article 1184. A coup sûr aussi cette disposition s'entend du privilège que l'article 2103 reconnaît à l'échangiste, et cela, qu'il s'agisse du paiement de la soulte ou de dommages-intérêts résultant d'une éviction. L'article 1705 du Code civil porte en effet que « le copermutant, qui est évincé de la chose qu'il a donnée en échange, a le choix de conclure à des dommages-intérêts ou de répéter la chose. » Lorsqu'il y aura répétition de la chose, ce sera une véritable action en résolution qui ne pourra être exercée que si le privilège a été inscrit en temps utile. Enfin, très vraisemblablement, le nouvel article 2109 doit s'entendre de l'action en révocation pour inexécution des charges. Il est vrai qu'on n'est pas accoutumé à donner à cette action le nom d'action résolutoire ; aussi M. de Loynes émet-il un doute sur le bien fondé de cette assimilation, bien qu'il reconnaisse que « la circonstance que le projet propose d'établir un privilège dans cette hypothèse et qu'il associe intimement le privilège et l'action résolutoire, puisse faire pencher pour l'affirmative » (1). Mais M. Thézard donne la solution comme absolument certaine : l'action en révocation doit rentrer dans la formule de l'article 15 du projet. M. Thézard, d'ailleurs, comme M. de Loynes, demandent un texte plus explicite. La Commission réalise ce vœu et parle formellement de « l'ac-

(1) *Revue critique*, 1897, p. 369.

tion en résolution ou en révocation pour inexécution des charges » (1).

42 bis. La dernière partie de l'article 15 du projet règle de façon satisfaisante une difficulté importante que laisse subsister la loi de 1855. Cet article 15 remplace l'article 2169 du Code civil par la disposition suivante : « L'action résolutoire et l'action en folle enchère ne peuvent s'exercer après la péremption de l'inscription du privilège. » Voici sur quoi porte la réforme.

La loi de 1855 n'organise pas, comme on le sait, la publicité de l'action résolutoire ; mais en en subordonnant l'exercice à la conservation du privilège, elle assure indirectement cette publicité, puisque le privilège doit être rendu public. Or la jurisprudence s'est orientée de telle sorte que, dans certaines conditions tout au moins, le vœu de la loi ne sera pas rempli.

L'inscription du privilège du vendeur doit en effet être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans par application de l'article 2154. Il serait juste de décider que le défaut de renouvellement de l'inscription dans le délai légal entraîne la perte du privilège, qui dégènererait ainsi en une hypothèque et par suite l'extinction de l'action résolutoire. La jurisprudence n'a pas consacré cette solution. Elle décide qu'une nouvelle inscription du privilège peut être re-

(1) P. Com., art. 6.

quise tant que l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine de l'acheteur, ou qu'un des événements entraînant l'arrêt du cours des inscriptions ne s'est pas produit. Elle admet, en outre, que, par cette nouvelle inscription, le privilège et, par suite, l'action résolutoire sont conservés. « Dès lors le but que se sont proposé les auteurs de la loi de 1855 n'est pas atteint. Ils ont voulu que les tiers puissent apprendre, en consultant le registre du conservateur des hypothèques, l'existence de l'action résolutoire par l'inscription du privilège. Or, avant de contracter, le prêteur a pris la précaution de demander un état des inscriptions ; il n'y voit aucune mention d'une inscription du privilège du vendeur ; bien plus, il a pu apprendre qu'il y a eu à l'origine une inscription du privilège ; mais il a su, en même temps, qu'elle a été atteinte par la péremption et qu'elle n'a pas été renouvelée. Il doit penser que le prix est payé et le privilège éteint. Il traite en toute confiance et voilà que, plusieurs années plus tard, le vendeur réclame une nouvelle inscription de son privilège ; d'après la jurisprudence, ce vendeur peut se prévaloir de son droit avec tous les avantages qui y sont attachés ; il est spécialement admis à exercer l'action résolutoire. » (1) On comprend l'importance de cette critique. Le créancier hypothécaire n'est plus en sécurité. De là le texte de l'article 15 du projet qui remédie très

(1) *Le Code civil et le Crédit*, article de M. de Loyne, dans le Livre du Centenaire du code civil, p. 395.

heureusement à un état de choses extrêmement fâcheux.

43. Mais le point le plus intéressant de l'article 15 du projet est dans l'innovation grave qu'il consacre en assimilant de façon explicite l'hypothèse d'une revente sur folle enchère à celle de l'action résolutoire.

La question est vivement discutée de savoir si sous l'empire de l'article 7 l'action en folle enchère doit être soumise à la même règle que l'action résolutoire (1). La jurisprudence s'est prononcée constamment dans le sens de la négative. Elle a jugé que malgré les analogies incontestables qui existent entre les deux situations, la revente sur folle enchère n'est pas à proprement parler une action résolutoire en ce sens qu'elle n'a pas pour objet de faire rentrer la chose vendue dans le patrimoine du vendeur, mais qu'elle constitue un mode de poursuites assimilable à une surenchère. M. Thézard ajoute cette raison théorique qu'en matière d'adjudication il n'y a pas seulement condition résolutoire en cas de non-paiement du prix, mais que le paiement du prix est plutôt une condition suspensive à laquelle est subordonnée la formation même du contrat.

Le projet du Gouvernement ne s'est pas arrêté à ses arguments et a assimilé complètement les deux

(1) Jurisprudence générale, v^o Transcription, n^o 613. Supplément *eod. verbo*, n^o 209.

actions. Le résultat pratique en sera que si un adjudicataire ne paye pas au terme voulu et est constitué fol enchérisseur, et si, d'autre part, il a consenti des droits sur l'immeuble qui est en cause, droits régulièrement conservés, les titulaires de ces droits pourront opposer le défaut de transcription du jugement d'adjudication et par suite de l'action en folle enchère, et empêcher par là que celle-ci n'opère au détriment des droits qui leur ont été consentis.

Cette solution, que la jurisprudence a toujours repoussée, est assez discutable. Les tiers qui ont traité avec le fol enchérisseur ne peuvent se plaindre d'aucune surprise, car ils ont dû se renseigner sur les conditions du titre de leur auteur, et alors ils n'avaient qu'à attendre les délais du paiement, qui seront toujours très courts. Il n'y avait donc aucun inconvénient à maintenir le système de la jurisprudence ; il n'y a en revanche rien de sérieux dans le système du projet, car il favorise la fraude, le fol enchérisseur ayant la faculté de consentir des droits à des tiers avant qu'on ait pu même obtenir expédition du jugement d'adjudication, à plus forte raison le transcrire. Nous approuvons par conséquent la Commission d'avoir abandonné sur ce point l'innovation du projet, innovation fâcheuse en pratique et peu justifiée en théorie.

44. En revanche, le projet eût pu, et ce sera notre dernière observation sur l'article 2109, mettre fin

à une difficulté sérieuse qui, en l'état actuel des textes, se pose en matière de faillite.

L'article 7 de la loi de 1855 semble poser en principe que l'existence de l'action résolutoire est liée à celle du privilège. Or, supposons un vendeur qui aliène son immeuble à un tiers ; avant toute transcription celui-ci fait faillite. Le privilège ne peut être inscrit utilement après le jugement de faillite, aux termes mêmes de l'article 448 du Code de commerce, le vendeur sera donc forclos pour l'exercer.

En résultera-t-il qu'il ne puisse exercer l'action résolutoire et que, non payé du prix, il soit dans l'impossibilité de reprendre sa chose ? Rigoureusement, il ne semble pas permis d'en douter ; ce privilège étant effacé, l'action résolutoire disparaît de même, étant donné le principe général en la matière.

La jurisprudence s'est pourtant prononcée dans un sens opposé. Il faut l'approuver, quoiqu'elle s'appuie sur des motifs contestables. Par arrêt du 1^{er} mai 1860 (1), la Cour suprême a admis que l'action résolutoire survit alors même que le privilège est devenu impossible à exercer. La perte de l'action résolutoire n'est attachée qu'à l'extinction du privilège ; or ici le privilège n'est pas éteint ; il est seulement paralysé à l'égard de la masse : distinction peut-être un peu subtile et qui laisse subsister le principe général de la subordination réciproque des deux actions. Un second arrêt de 1891 (2) a modifié la solu-

(1) D. 1860-I-236. »

(2) D. 1891-I-145.

tion dans un sens plus juridique : il considère la masse comme un tiers ; dès lors, tant que ce tiers n'a pas conservé ses droits conformément à la loi, l'action résolutoire peut être dirigée contre lui. Elle ne pourra l'être lorsqu'au profit de la masse aura été prise l'inscription de l'article 490 du Code de commerce.

Telle est la question : il eût été désirable que le projet du Gouvernement y apportât une solution législative ; à son défaut, la Commission eût pu y suppléer. Cette lacune est regrettable, car la question est d'un très haut intérêt pratique et ne saurait être laissée aux hasards d'une jurisprudence toujours incertaine et changeante.

45. L'art. 16 du projet termine la matière des privilèges ; il s'occupe du privilège de la séparation des patrimoines : « Le privilège de séparation des patrimoines prend rang du jour du décès, à la condition d'avoir été inscrit dans les trois mois à compter de l'ouverture de la succession. L'inscription peut encore être prise après expiration du délai de trois mois, tant que l'immeuble n'a pas fait l'objet d'une aliénation transcrite ; mais, en ce cas, elle ne produit d'effet qu'à sa date. Elle est rayée sur le seul consentement de ceux qui l'ont requise ou qui ont fait mentionner leurs droits en marge. »

Ainsi, véritable privilège désormais, la séparation des patrimoines doit être inscrite dans les trois mois

(d'après la Commission, 6 mois) de l'ouverture de la succession : cette inscription aura effet rétroactif.

Une question grave se pose au sujet de ce privilège, objet d'une controverse célèbre que nous ne voulons pas d'ailleurs reprendre ici. La séparation des patrimoines comporte-t-elle un droit de suite ? Ni le texte du projet, ni l'exposé des motifs ne répondent ; mais le rapport ne laisse aucun doute à ce sujet : la solution de la jurisprudence est maintenue. L'inscription prise dans les trois mois rétroagira aussi bien à l'encontre des tiers acquéreurs qu'à l'encontre des créanciers hypothécaires de l'héritier. Passé ce délai, le privilège dégénérera en hypothèque et prendra rang à sa date.

A d'autres points de vue, le texte laisse subsister de graves lacunes : il oublie de nous renseigner sur le point délicat de savoir à quel point l'indivisibilité de l'hypothèque peut et doit affecter la séparation des patrimoines. Surtout, il ne donne pas de solution au conflit qui peut s'élever entre les légataires ou créanciers ayant obtenu la séparation des patrimoines, et, d'autre part, les légataires ou créanciers qui n'auront pas fait la formalité utile. Il fallait aller jusqu'au bout de la réforme, rompre avec l'ancienne conception de la séparation (division des deux masses) et affirmer explicitement que la séparation des patrimoines est un privilège purement individuel. Le projet eût alors décidé avec raison, développant toute cette théorie, qui a besoin d'être fixée par un texte, que les créanciers inscrits dans les trois mois vien-

draient en concours entre eux et par préférence aux légataires même inscrits dans ce délai, et que les uns et les autres seraient préférés tant aux créanciers de l'héritier, inscrits avant l'expiration, qu'aux autres créanciers héréditaires ou légataires qui n'auraient pas fait inscrire leur privilège en temps utile ou qui n'auraient requis inscription à leur profit qu'à une époque postérieure. On sait toutes les difficultés que la jurisprudence a rencontrées à ce sujet (1). Sans doute l'arrêt de 1891 cité en note semble bien la fixer dans une des hypothèses les plus délicates ; mais il ne consacre pas pleinement la doctrine que nous venons d'indiquer : il résulte de cet arrêt que les créanciers de la succession qui n'ont pas requis inscription en temps utile, profitent dans une certaine mesure de celle qu'a prise un autre créancier ; celui-ci a séparé le patrimoine dans la mesure de sa créance ; d'autre part, cette séparation ne modifie pas sa situation à l'égard des autres créanciers héréditaires qui pourront dans cette limite, venir en concours avec lui, préférablement aux créanciers personnels de l'héritier : « Cette doctrine, dit M. Thézard, est seule conforme au véritable sens de la loi ; et il semble inutile de la consacrer par un texte spécial. » Elle ne marque pas cependant le terme de l'évolution nécessaire de la séparation des patrimoines : une disposition lé-

(1) V. Exposé de la question dans de Loyne (et Baudry-Lacantinerie), I, 875. Cf. Cass. 15 juillet 1891. D. 93-1-465.

gislative précise ne saurait en tout cas que faire disparaître bien des obscurités.

46. Nous en arrivons ainsi, laissant de côté les privilèges, à la matière des hypothèques. Le point essentiel de la réforme, avons-nous dit, c'est la consécration de façon absolue de la double règle de la publicité et de la spécialité. Par là, on comprend que la réforme intéresse beaucoup plus les hypothèques légales et l'hypothèque judiciaire que l'hypothèque conventionnelle.

Cependant, même en matière d'hypothèque conventionnelle, le projet renferme certaines dispositions intéressantes.

Toute hypothèque de biens à venir est désormais interdite. L'article 17 par lequel commence le titre des hypothèques, déclare abrogé l'article 2130, qui dans certaines circonstances autorise une garantie de même nature. De même l'article 2129, qui dit qu'on ne pourra constituer hypothèque que sur les biens présents, disparaît dans la nouvelle rédaction. A ces deux textes se substitue un texte nouveau qui se borne à décider qu'on ne peut prendre inscription que pour une somme fixe et sur des immeubles désignés. La Commission craignit qu'un pareil texte prêtât à équivoque et que notamment on pût consentir valablement promesse d'hypothèque sur des biens parfaitement désignés, ce qui serait revenu à l'hypothèque sur biens à venir. La rédaction fut modifiée en conséquence et l'article 2139 maintenu.

Restait à savoir s'il convenait aussi de maintenir l'article 2130 et si l'hypothèque subsidiaire des biens à venir devait être conservée. La Commission était, sur ce point, fort divisée. On eût pu croire que tenant pour acquise la nécessité de la spécialité, tenant les résultats favorables de la suppression de l'article 2130 en Belgique et en Italie, ainsi que les indications fournies dans le même sens par les propositions de réforme précédentes, la Commission adopterait la solution du Gouvernement. Il n'en fut rien. A une faible majorité, il est vrai, elle décida le maintien des dispositions du Code. Elle l'étendit même, en permettant cette hypothèque, non seulement quand les biens présents du débiteur sont insuffisants, mais aussi lorsqu'il n'y aurait point du tout de biens immobiliers au moment du contrat. Il est incontestable que le principe de l'hypothèque des biens à venir admis, la limitation que semblait poser le Code était logiquement inacceptable. L'article 7 de la rédaction de la Commission consacre sur ce point les résultats que nous venons d'indiquer : « Si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, ou s'il ne possède aucun immeuble, il pourra, en exprimant cette insuffisance ou cette absence de biens, consentir que chaque immeuble qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions. »

47. Quant à la forme même de l'acte d'hypothèque, le projet et la Commission maintiennent à très

juste titre, malgré les critiques, l'obligation de l'acte authentique, avec une modification de rédaction qui ne paraît pas devoir entraîner de conséquences pratiques ; mais dans l'application du principe de spécialité à la forme de l'acte, l'article 17 apporte une modification qui appelle une observation.

L'article 17 abroge l'article 2129, aux termes duquel le débiteur qui consent une hypothèque conventionnelle doit, soit dans le titre authentique constitutif, soit dans un acte authentique postérieur, déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles lui appartenant actuellement, sur lesquels il consent l'hypothèque de sa créance. Il exige seulement que l'inscription soit prise pour une somme fixe sur des immeubles désignés.

Il résulte de cette modification que la règle de la spécialité, que le projet semblait généraliser de façon absolue, n'est plus exigée dans l'acte constitutif lui-même, mais ne concerne que l'inscription. Le fait n'est pas sans intérêt ; et cette abrogation de l'article 2129 est regrettable ; il est en effet à craindre que cette abrogation n'entraîne de graves dangers ; les actes par lesquels un débiteur consentira l'hypothèque de tous ses immeubles présents se multiplieront. Le règlement des ordres en deviendra plus laborieux ; il semble que l'on veuille favoriser le retour aux hypothèques générales de l'ancien droit, ce qui est, à coup sûr, bien loin de la pensée des auteurs du projet.

48. Enfin, et pour en finir avec l'hypothèque conventionnelle, il importe d'indiquer des résolutions importantes à propos des hypothèques consenties pour sûreté d'un crédit ouvert. La pratique a, comme on le sait, parfaitement admis la validité de pareilles hypothèques qui garantiront, jusqu'au maximum déterminé dans l'acte constitutif, le solde du compte. L'article 35 confirme cette solution et s'occupe de l'hypothèque intéressant les effets créés, à la suite de l'ouverture de crédit : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert et mentionnée sur les effets créés ou négociés en exécution du contrat, profite aux porteurs jusqu'à concurrence du solde final du compte », règle qui peut paraître surabondante puisque la cession de la créance entraîne de plein droit la cession de l'hypothèque. Le point délicat de cette question, c'est, outre le mode de transmission sur lequel le projet ne s'explique pas (1), de savoir comment, en pareil cas, on pourra donner mainlevée de l'hypothèque. L'article 36 réglemente la situation en ces termes : « Le créateur, malgré la négociation des effets, conserve la faculté de donner mainlevée de l'inscription, sans préjudice du droit du porteur de s'opposer à la radiation par une notification faite au conservateur des hypothèques. Cette notification doit contenir élection de domicile dans

(1) Du rapport Thézard, il semble résulter que dans la pensée des auteurs du Projet la validité des transmissions par endossement n'a même pas été mise en doute.

l'arrondissement. Elle sera mentionnée en marge de l'inscription, et certificat en sera donné sur l'original de l'exploit. L'opposition n'aura d'effet que pendant deux ans ; elle pourra être renouvelée. »

Le créateur originaire, celui au profit duquel, en réalité, a été consentie l'hypothèque dont s'agit, garde donc le droit de faire opérer la radiation. Mais le porteur qui court le risque de se voir dépouillé de sa garantie pourra faire opposition à toute radiation, opposition qui sera mentionnée en marge de l'inscription, n'aura d'effet que pendant deux ans, mais sera susceptible de tout renouvellement utile. Sans y rien changer, la Commission ratifia ces dispositions.

49. De l'hypothèque judiciaire, nous n'aurions qu'un mot à dire ; à savoir qu'elle est supprimée par le projet. Comme en 1850, comme à la Commission du cadastre, le projet Darlan ne connaît plus que deux sortes d'hypothèques : conventionnelle et légale. On connaît les motifs de cette suppression.

Ces motifs ne parurent pas concluants à la Commission. Celle-ci maintint l'hypothèque judiciaire ; elle se laissa impressionner par ce fait qu'en Belgique, où l'hypothèque judiciaire a disparu depuis 1850, le nombre des expropriations immobilières se serait notablement accru depuis lors : « L'hypothèque judiciaire, explique le rapporteur, prise en elle-même et dans les hypothèques normales, est donc une garantie équitable pour le créancier ; elle est

même à certains égards favorable au débiteur en modérant les poursuites dirigées contre lui. »

Mais on ne pouvait maintenir l'institution sans faire droit en quelque mesure aux critiques légitimes que celle-ci a soulevées. L'article 6 du projet de la Commission organise la réglementation nouvelle : l'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs et provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. On supprime, avec raison, l'hypothèque judiciaire, qui résulte des jugements de reconnaissance et de vérification d'écritures. Encore qu'assez inusitée, cette sorte d'hypothèque judiciaire était un des abus de la législation du Code.

La Commission innove surtout en organisant une théorie de la nullité particulière à l'hypothèque judiciaire. Elle s'inspire ici de la loi commerciale, tout spécialement de l'article 447. Cet article, on le sait, établit une nullité facultative, soumise dans tous les cas à l'appréciation des tribunaux, frappant tous les paiements faits par le débiteur et tous les actes par lui passés, pendant la période suspecte, nullité qui ne s'exercera d'ailleurs que si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de l'état de cessation des paiements.

La Commission a cru trouver dans l'extension de cette théorie au débiteur non-commerçant un moyen de prévenir la possibilité de fraude, redoutée par les adversaires de l'hypothèque judiciaire ; jusqu'au moment, en effet, où les biens du débiteur seront

rendus indisponibles par la transcription d'une saisie, tout créancier peut légalement stipuler dans un contrat, ou obtenir par jugement, des garanties spéciales qui diminueront d'autant le gage commun. Il a semblé à la Commission qu'en permettant aux tribunaux d'annuler, quand ils le jugeront bon, les hypothèques consenties par le débiteur en déconfiture, elle parait au danger signalé. Mais la loi française n'organisant pas la déconfiture civile, celle-ci ne se manifestera par aucun signe distinctif. La Commission laisse aux tribunaux pouvoir absolu de dire si le débiteur est en état notoire d'insolvabilité et si le créancier, qui bénéficie d'une hypothèque judiciaire dans cette situation, connaissait cet état. La nullité, bien entendu, serait, dans tous les cas, limitée à l'intérêt qui l'a fait prononcer ; c'est-à-dire qu'on ne saurait la prononcer qu'à l'égard des créanciers dont le droit existait au moment où elle a été obtenue. Toute cette théorie est contenue dans le dernier alinéa de l'article 6 du projet de la Commission : « La nullité de l'hypothèque judiciaire pourra être demandée par les créanciers dont le droit est antérieur au jugement, et elle devra être prononcée relativement à eux lorsque ce jugement aura été obtenu en connaissance de l'état de déconfiture du débiteur. »

50. La difficulté la plus grave qui se posât à ce sujet était dans la combinaison à établir entre le maintien de l'hypothèque judiciaire, d'une part, et, d'autre part, l'application de la règle de la spécialité.

Il était impossible de s'arrêter à la solution proposée vainement lors des précédentes tentatives de réforme, et reprise par certains membres de la Commission, consistant à faire faire par les tribunaux eux-mêmes cette spécialisation, et la désignation des immeubles sur lesquels l'hypothèque porterait. C'eût été imposer aux tribunaux des recherches absolument impraticables, relativement au patrimoine de la partie condamnée et les forcer à une évaluation forcément arbitraire. La Commission fut donc amenée à admettre que l'hypothèque judiciaire porterait de façon générale sur tous les biens du débiteur ; cette généralité du titre constitutif serait corrigée par la spécialité de l'inscription à laquelle le créancier serait astreint. Mais la Commission se montra encore plus large ; non seulement, tous les biens présents, mais encore tous les biens à venir tomberont d'après elle sous le coup de l'hypothèque judiciaire ; c'était consacrer à nouveau la généralité absolue de l'hypothèque judiciaire. La Commission estimait cette extension nécessaire pour permettre à l'hypothèque judiciaire de soustraire le débiteur à des poursuites rigoureuses et prématurées. L'inscription sera toujours spéciale ; mais le texte qui consacre ces résultats est d'une concision telle que les équivoques sont possibles : « Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir. » Il eût été bon qu'une indication précise intervînt, soumettant formellement l'inscription de cette hypothèque à la règle de la spécialité. C'est à

cette seule condition que le maintien de l'hypothèque judiciaire, d'ailleurs très discutable en principe, peut à la rigueur se défendre.

51. Nous en arrivons ainsi à la partie la plus intéressante, peut-être, de toute la réforme, qui concerne les hypothèques légales. Le principe nouveau est posé par l'article 18, qui abroge l'article 2135, et fait rentrer les hypothèques légales dans le droit commun : « L'article 2135 est abrogé en tant qu'il dispense de l'inscription l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées. »

Cette solution n'eut pas l'approbation d'une grande partie des membres de la Commission. Exiger la publicité des hypothèques légales, c'était, aux yeux de certains, les supprimer en fait : « Il ne paraît pas y avoir de milieu, dit le rapporteur lui-même, entre ces deux solutions : ou la suppression totale de l'hypothèque légale de la femme, désormais considérée comme responsable, et avec la possibilité pour elle de stipuler des garanties conventionnelles dans les termes du droit commun ; ou le maintien de la situation privilégiée qui lui a été faite par le Code avec tous les caractères qui en sont la conséquence nécessaire. Le système du projet constitue une solution équivoque et sans précision qui n'atténuerait qu'en apparence les défauts du système actuel et deviendrait féconde en difficultés nouvelles. » (1) De son côté

(1) Thézard, *l. c.*, n° 132, p. 202.

la Cour de cassation à laquelle le Gouvernement avait soumis le projet s'était prononcée contre cette innovation (rapport de M. Cotelle). Aussi le projet de la Commission ne contient-il nulle part cette réforme.

52. Celle-ci nous paraît cependant des plus favorables et impérieusement nécessitée par les besoins du crédit immobilier. Mais hâtons-nous de dire qu'elle demanderait, pour produire des résultats utiles, une organisation pratique qui fait absolument défaut au projet du Gouvernement. La réglementation proposée par ce dernier est de tout point défectueuse.

Il eût importé, pour ne parler tout d'abord que de l'hypothèque de la femme, d'assurer l'inscription rendue nécessaire, et pour cela d'astreindre certaines personnes à cette obligation. Les articles 19 et 20 s'en occupent bien, mais de façon insuffisante : c'est à la femme ou au mari qu'il incombera de prendre inscription, ainsi qu'à certains parents pendant le cours du mariage. Mais cette disposition n'est sanctionnée par rien et ne répondra pas par conséquent à une obligation réelle. En fait, nous restons à ce point de vue sous le régime du Code, et l'expérience a prouvé que ce régime était radicalement inefficace ; on eût pu imposer cette obligation aux notaires ; le projet n'en fait rien. Tout au plus, décide-t-il que le notaire doit prévenir les parties que l'inscription doit être prise pour conserver leur

droit (1). Bien faible garantie, qui ne diminue en rien les objections faites à la solution du projet. En fait, l'hypothèque ne sera pas prise et les droits de la femme seront compromis.

Mais admettons que l'inscription de cette hypothèque soit prise à l'origine. Le projet n'en compromet pas moins singulièrement son efficacité en la soumettant aux prescriptions de l'article 2154 du Code civil, c'est-à-dire en exigeant que l'inscription soit renouvelée tous les dix ans. Cette règle de la péremption décennale est déjà bien assez discutable, lorsqu'elle s'applique aux hypothèques ordinaires, pour que les auteurs du projet aient pu la supprimer sans crainte en matière d'hypothèque légale. Il convenait de décider, ainsi que l'ont fait des législations étrangères (2), que cette inscription serait dispensée du renouvellement pendant la durée de la tutelle et du mariage. C'est le seul projet de réforme qui impose une pareille obligation à l'hypothèque légale soumise à la publicité : c'est une disposition fâcheuse que le législateur devrait sans scrupule supprimer.

Au contraire, le projet est beaucoup mieux inspiré lorsqu'il permet de substituer un cautionnement en argent à l'hypothèque légale, tant pour la femme mariée que pour le mineur ou l'interdit. Les conditions de ce cautionnement seront déterminées, soit par le contrat de mariage, soit par le Tribunal du

(1) Art. 19.

(2) Belgique, loi du 16 déc. 1851, art. 90 ; Italie, C. civ., art. 2004. Voyez aussi décret du 28 février 1852, art. 47.

domicile du mari statuant en chambre du conseil sur simple requête, lorsqu'il s'agit de la femme mariée (art. 21). Pour le mineur ou l'interdit, c'est au conseil de famille à organiser ce cautionnement, à l'exécution duquel le subrogé-tuteur est tenu de veiller. Le tuteur peut, même s'il a des immeubles, recourir au cautionnement : car il peut avoir des raisons graves de vouloir affranchir ces immeubles (art. 26) (1).

53. De même qu'elles doivent être rendues publiques, les hypothèques légales devront être spéciales, et sur ce point encore de nouvelles difficultés surgissent : l'article 19 laisse au contrat de mariage le soin de déterminer la somme pour laquelle la femme aura hypothèque légale, ainsi que les immeubles sur lesquels cette hypothèque doit porter. Pour le mineur, l'article 24 charge le conseil de famille de cette double spécialisation. Ces dispositions sont excellentes en principe ; mais dès qu'on veut les mettre en pratique, on constate combien sur ce point le projet du Gouvernement est incomplet.

Quelles sont les sommes pour lesquelles il faudra prendre ainsi inscription ? L'article 19 nous parle de sommes pour lesquelles la femme mariée aura hypothèque à raison de sa dot et des conventions matrimoniales. Que faut-il entendre par là ? Et si, de façon indiscutable, il faut y faire rentrer les avantages

(1) C. civ. italien, art. 292.

stipulés en faveur de la femme dans le contrat de mariage, convient-il d'y comprendre les successions ou les donations éventuelles, ou les récompenses qui pourraient être dues à suite de faits postérieurs au contrat. Et si on répond par l'affirmative, que faut-il décider sur la question de date ? L'inscription prise au moment du mariage, à la suite de l'évaluation aléatoire des créances éventuelles, confère-t-elle à l'hypothèque un rang unique à sa date, s'appliquant en bloc à toutes les créances ; ou bien, au contraire, le chiffre de ces créances une fois déterminé, dans cette première inscription, n'y a-t-il pas lieu de donner à chaque hypothèque nouvelle un rang correspondant à la date de la cause de la créance ? L'article 20 parle bien d'hypothèque prise pendant le cours du mariage, mais tout cela est incertain et confus et aurait besoin de précisions. Les mêmes remarques s'appliquent pour le mineur. On a l'impression qu'on se trouve en présence d'un texte hâtif, qui formule de façon abstraite certains principes théoriques, sans prévoir les contingences pratiques auxquelles il devra s'adapter.

54. Si le projet pose en règle absolue l'obligation de prendre hypothèque légale pour la femme mariée, et s'il interdit de convenir qu'il ne sera pris aucune inscription, il énerve cette prohibition jusqu'à l'annihiler presque complètement en autorisant de surseoir à cette inscription. Ne fixant aucun délai à ce sursis, l'article 19 laisse aux parties la possi-

bilité de renoncer complètement à toute inscription. De plus, même si l'hypothèque doit être inscrite postérieurement, le sursis peut constituer pour la femme un grave danger, puisque l'efficacité de l'hypothèque dépendra de l'inscription, et que le mari, pendant le délai du sursis, pourra grever ses immeubles de façon à rendre absolument illusoire une inscription au nom de la femme. Quant à l'hypothèque légale du mineur, non seulement il est possible, aux termes de l'article 25, d'en remettre l'inscription, mais encore le conseil de famille peut, par délibération motivée, avec avis favorable du juge de paix, dispenser complètement de l'inscription. Qu'il y ait eu sursis ou dispense, la délibération du conseil de famille qui les prononce peut être frappée d'opposition dans la huitaine par tout membre du conseil de famille ; le Tribunal statuera en chambre du conseil (1).

55. L'hypothèque légale ainsi déterminée au moment de l'ouverture de l'incapacité n'est pas immuable, il peut y avoir lieu à l'augmenter ou à la réduire.

Le projet s'occupe de nouvelles inscriptions à prendre, aussi bien pour la femme que pour le mineur ou l'interdit (art. 20 et 27). Le mari, la femme, avec autorisation du président du Tribunal du domicile du mari, peuvent requérir toute inscription qui paraîtrait nécessaire au cours du mariage.

(1) Cf. réglementation détaillée dans la loi belge, art. 49 et suiv. — C. civ. italien, art. 292.

Pour le mineur, c'est au conseil de famille qu'appartient le droit, soit d'étendre l'hypothèque, soit d'augmenter le cautionnement ; mais on ne dit pas par qui ce conseil sera convoqué, quelles seront les responsabilités, etc... Toute cette rédaction est très générale et l'insuffisance s'en fait nettement sentir.

Quant à la réduction ou restriction de l'hypothèque légale, l'article 28 remplace l'article 2161 du Code civil par le texte suivant : « Si dans le cours du mariage ou de la tutelle, il est reconnu que l'hypothèque légale de la femme, du mineur ou de l'interdit frappe plus de biens qu'il n'est nécessaire, la réduction en peut être demandée par le mari ou le tuteur.

» La demande du mari est portée devant le Tribunal de son domicile, qui statue en chambre du conseil sur simple requête.

» A l'égard du tuteur, la réduction est consentie par délibération motivée du conseil de famille, prise à la majorité avec avis favorable du juge de paix.

» Le cautionnement fourni par le mari ou le tuteur, dans les cas prévus par les articles 21 ou 26, peut être réduit dans les mêmes formes. »

Le projet opère ici une modification utile au texte du Code : l'article 2161 s'appliquait aux hypothèques générales sans aucune précision, peut-être même ne visait-il que les hypothèques judiciaires. Une réglementation plus précise s'imposait (1). Quant aux articles 2143 et suivants, ils n'avaient plus de raison

(1) Belgique, loi du 16 déc. 1851, art. 60 et 72.

d'être, par suite de la spécialisation du gage hypothécaire à l'ouverture de la tutelle, ou avant la célébration du mariage.

56. Enfin le projet devait s'expliquer sur la question délicate des subrogations ou des renonciations consenties par la femme sur son hypothèque.

A cet égard le projet n'innove guère. L'article 22, qui est le siège de la matière, reproduit textuellement l'article 9 de la loi de 1875, et dans son second alinéa la disposition essentielle de la loi de 1889 avec quelques modifications de détail (1). Ici encore le projet eût gagné en clarté à être plus complet, il lui eût fallu notamment bien spécifier si le droit de préférence survivait au droit de suite, comme l'indiquait clairement la loi de 1889 dans un alinéa que le projet ne reproduit pas. Le projet abrogeant cette loi, il est permis de se demander si cette solution, qui mettait fin à d'anciennes controverses, persiste dans la législation nouvelle.

(1) Art 22 : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique et les cessionnaires ne sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

» La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, en emporte l'extinction à partir, soit de la transcription à l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de la mention faite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été faite par acte distinct. »

57. Dans le même ordre d'idées, il convient de signaler une disposition qui met en cause le régime dotal et constitue un très grave danger. Déjà l'obligation de publicité à laquelle le projet Darlan soumettait l'hypothèque légale risquait, dans bien des cas, de rendre illusoire la garantie de la dotalité.

L'article 23 pose une règle qui rend encore plus fragile cette garantie : « Sous quelque régime qu'elle soit mariée, dit cet article, la femme est autorisée à consentir antériorité à son hypothèque, lorsqu'il s'agit de constructions et de réparations ayant pour but de conserver les immeubles grevés. » Rien ne serait plus dangereux pour la femme que l'application d'une pareille disposition. Déjà, malgré la juste rigueur de notre régime dotal actuel, on connaît la facilité que le remploi procure à ceux qui veulent aliéner les immeubles dotaux : certains procès retentissants ont dévoilé des combinaisons frauduleuses, aboutissant à dépouiller la femme de ses biens dotaux, en les remplaçant par des immeubles sans valeur. Le prétexte de constructions ou de réparations à faire couvrira de véritables renonciations ; et il est inutile de faire observer combien les conséquences de cette opération seront plus graves pour la femme, que ne l'eût été l'exercice du privilège du constructeur, dont l'article 23 est incontestablement dérivé. Ce n'est plus un privilège portant sur la plus-value, mais bien une hypothèque s'exerçant sur la valeur intégrale de l'immeuble, par laquelle la femme va se trouver primée, sans qu'aucun acte de subrogation ou de renon-

ciation ait été consenti par elle. Aucun contrôle, aucune vérification, aucune intervention de tribunaux... la Commission rejeta cette disposition, et une sage législation devrait faire de même.

58. Rien dans le projet du Gouvernement n'a trait à la purge. La disparition des hypothèques occultes entraîne implicitement la disparition du chapitre du Code concernant la purge spéciale des hypothèques non inscrites ; mais aucune modification n'est apportée aux règles actuelles sur la purge ordinaire.

Mais la Commission proposa une innovation intéressante qui offrirait de grands avantages pratiques. Elle admet l'extension du bénéfice de cette procédure aux prêteurs de deniers, au lieu de la réserver au seul acquéreur. « Tout prêteur de deniers, dit l'article 10 du projet de la Commission, sera admis à faire la purge dans les termes établis par les articles 19 et suivants du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier. » Cette réforme est excellente. « Elle permettra de liquider des situations hypothécaires compliquées, de dégager pour l'avenir les immeubles d'éventualités aléatoires, et de consolider les opérations de crédit sans porter préjudice à aucun droit acquis. » (1)

59. Le projet du Gouvernement ne connaissant pas d'hypothèques générales n'avait point à s'occu-

(1) Thézard. Rapport, p. 221, n° 144.

per des difficultés que soulève le concours de ces hypothèques avec les hypothèques spéciales. Mais la Commission ayant maintenu les hypothèques générales, il convenait qu'elle proposât une solution. On connaît les données du problème. Si une hypothèque générale de 20.000 francs grève deux immeubles A et B appartenant au même débiteur, et si, sur chacun de ces immeubles, ce dernier a consenti une hypothèque spéciale de 10.000 francs, en admettant que la valeur de chaque immeuble égale 20.000 francs, il dépendra du créancier à hypothèque générale, suivant qu'il fera porter son hypothèque sur A... ou B..., de faire que l'un des créanciers à hypothèque spéciale soit intégralement payé, et l'autre intégralement dépouillé. On sait encore comment certains auteurs avaient cru trouver dans la théorie de la subrogation légale une solution à ce problème, mais cette explication reste très discutable en l'état actuel des textes. C'est toutefois à cette idée de la subrogation que la Commission a eu recours pour formuler la disposition assez satisfaisante qui est devenue l'article 9 de son projet.

L'article 9 pose en principe que, lorsqu'un créancier aura une hypothèque générale première en rang sur divers immeubles grevés également d'hypothèques spéciales postérieures, ce créancier à hypothèque générale devra être colloqué au premier rang sur chaque immeuble pour une somme proportionnelle à la valeur de chacun ; les créanciers à hypo-

thèques spéciales viendraient ensuite dans l'ordre des inscriptions selon le droit commun.

Cette solution est équitable, et elle est d'une réalisation pratique relativement facile, à condition que tous les immeubles soient aliénés ou expropriés ensemble, par la même procédure.

Elle devient impraticable lorsqu'il y a des ordres successifs ouverts sur chaque immeuble. C'est alors que la Commission fait appel à l'idée de subrogation. Le créancier à hypothèque générale sera colloqué intégralement sur l'immeuble dont le prix sera distribué en premier lieu : mais ceux des créanciers qui sont inscrits sur cet immeuble et qui n'ont pu venir en rang utile, seront subrogés aux droits du créancier à hypothèque générale, de telle sorte qu'une fois le prix de la totalité des immeubles distribué, la proportion de la première hypothèque sera respectée. Il y aurait donc lieu d'ajouter, d'après la Commission, un paragraphe à l'article 559 du Code de procédure civile, qui serait ainsi conçu : « Lorsqu'un droit de privilège ou d'hypothèque portera sur plusieurs immeubles, qui seront frappés en même temps d'hypothèques inférieures en rang, et portant chacune sur l'un ou quelques-uns seulement de ces immeubles, le créancier premier en rang sur la totalité desdits immeubles, devra être colloqué pour l'intégralité de sa créance, mais avec répartition proportionnelle sur le prix de chacun des immeubles, et le surplus sera attribué aux créanciers inscrits sur chaque immeuble, suivant l'ordre de leurs hypothèques.

ques. Dans le cas où les ordres ne s'ouvriraient que successivement sur chacun desdits immeubles, les créanciers inscrits sur l'immeuble dont le prix sera distribué en premier lieu, et qui ne viendront pas en ordre utile, seront subrogés de droit, et jusqu'à due concurrence dans l'effet de la première hypothèque sur les autres immeubles, de façon que la totalité du prix soit distribuée suivant la proportion indiquée ci-dessus. » Nous ne critiquons pas la solution de la Commission en elle-même, mais il serait peut-être préférable d'éviter toutes ces complications par l'application rigoureuse du principe de la spécialité.

60. La dernière réforme qu'il faille signaler concerne l'attribution des indemnités d'assurance aux créanciers hypothécaires. La question est actuellement réglementée par la loi du 19 février 1889, qui a décidé que l'indemnité due par les Compagnies d'assurances serait affectée aux créanciers hypothécaires, comme le serait le prix de l'immeuble. L'article 33 du projet accepte le même principe, mais d'une part il réserve au débiteur de l'indemnité un droit que ne lui reconnaissait pas la loi de 1889, celui d'appliquer l'indemnité à la réparation de l'immeuble, réforme demandée par la pratique depuis la promulgation de la loi (1) ; en second lieu la même disposition est applicable à toutes les indemnités dues par des tiers quelconques, ce qui est parfaitement rationnel ; l'indemnité due au cas de sinistre

(1) V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 282; II, n° 1396.

par le locataire ou le voisin, en vertu des articles 1733 et 1382 du Code civil, rentrera donc désormais dans la sphère d'application de l'article 33 du projet.

61. Le projet indique enfin qu'il n'y a rien à changer aux privilèges et hypothèques qui garantissent les créances de l'Etat.

62. Nous avons parcouru de façon aussi détaillée que possible les diverses dispositions qui constituent le projet de 1896. Ce projet, combiné avec l'excellente proposition de M. Thézard, et avec les résolutions de la Commission sénatoriale, offre ce grand avantage sur le projet de la Commission du cadastre d'être immédiatement réalisable. On a critiqué la méthode qui consiste à procéder ainsi par voie de réformes partielles, au lieu de se livrer à une refonte totale ; il faut faire la part de ce qui est pratique et de ce qui est purement théorique. Ce qu'il faut chercher avant tout, ce sont des modifications bien précises, remédiant aux inconvénients flagrants du système actuel ; on n'aboutira qu'à condition de se contenter de réformes partielles. Celles du projet sont d'ailleurs loin d'être toutes indiscutables. Nous approuvons complètement toute la partie qui se rapporte à la transcription des actes relatifs à la propriété immobilière, qui font l'objet de la proposition Thézard ; le pouvoir législatif devrait avoir à cœur de faire aboutir au plus tôt ces réformes très simples, qui contiennent des améliorations très réelles. Tout au plus, peut-on leur reprocher une timidité trop grande

et l'insuffisance des sanctions. Sans doute, l'inopposabilité des actes non transcrits constitue un danger grave qu'il convient de bien mesurer, mais elle est une précieuse garantie de crédit. Nous ferions plus de réserves sur certaines réformes du projet du Gouvernement. Nous les avons indiquées à leur place, et nous avons signalé les lacunes graves qu'ils laissent subsister. Ce projet donne l'impression d'une œuvre un peu rapide, et peut-être insuffisamment mûrie. Mais la Commission a apporté sur bien des points des améliorations appréciables : toutes les modifications adoptées par cette dernière ne sont pas d'ailleurs d'une égale valeur. Le maintien de l'hypothèque judiciaire, que le Gouvernement avait supprimée, soulèvera à coup sûr de vives protestations. Quoi qu'il en soit, il ressort de cette étude que des projets et des travaux de 1896 une réforme pratique et immédiate peut sortir.

Si tous les points de la réforme n'ont pas encore reçu une solution satisfaisante ou suffisamment explicite, le législateur, mieux informé, peut y suppléer. Encore faut-il que ce législateur daigne consentir à s'en occuper. Le jour où il y consentira, le projet peut servir de base excellente à une discussion utile. »

(1) Signalons en terminant, pour compléter les indications bibliographiques contenues dans cet ouvrage, les deux belles études d'ensemble que MM. de Loynes et Guillouard ont consacrées à la question hypothécaire. On trouvera dans l'article du premier un aperçu des plus clairs et des plus complets de l'état actuel de la législation sur ce point. — et dans l'article du second un aperçu intéressant de l'état de l'opinion à l'heure actuelle au sujet d'une tentative de réforme hypothécaire, et des possibilités de la réaliser.



TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PREMIER. — EXAMEN CRITIQUE DU RÉGIME HYPOTHÉCAIRE	11
CHAPITRE II. — L'ENQUÊTE DE 1844	86
CHAPITRE III. — LES PROJETS DE 1850	222
CHAPITRE IV. — LA COMMISSION EXTRAPARLEMENTAIRE DU CADASTRE.	360
PREMIÈRE PARTIE. — La Réforme Cadastre	363
DEUXIÈME PARTIE. — Le Livre Foncier	378
TROISIÈME PARTIE. — Publicité des Mentions d'Etat-Civil	438
QUATRIÈME PARTIE. — Publicité des actes intéressant la propriété foncière.	445
CHAPITRE V. — LA COMMISSION EXTRAPARLEMENTAIRE DU CADASTRE (suite)	478
CINQUIÈME PARTIE. — Les Privilèges et Hypothèques	480
CHAPITRE VI. — LA PROPOSITION THÉZARD ET LE PROJET DARLAN.	561

Montpellier, le 26 avril 1907.
Vu, le Doyen de la Faculté de Droit,
VIGIE.

Montpellier, le 26 avril 1907
Vu, le président de la thèse
VIGIÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 27 avril 1907.
Le Recteur,
ANT. BENOIT.

